الطبعة الوحيدة الكاملة من:

كتاب المجموع

شرح المهذب للشيرازي

للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي

الجزء التاسع

حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه
محمد نجيب المطيعي
(الأستاذ بجامعة أم درمان الاسلامية)

الناشر
مكتبة الإرشاد
جدة - المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الأطعمة [1]

(ما يؤكل شيئان ، حيوان وغير حيوان ، فأما الحيوان فضربان ، حيوان البر وحيوان البحر ، فأما حيوان البر فضربان ، طاهر ونجس ، فأما النجس فلا يحل أكله ، وهو الكلب والخنزير ، والدليل عليه قوله تعالى : (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير [2]) وقوله تعالى : (ويحرم عليهم الخبائث [3]) والكلب من الخبائث ، والدليل عليه قوله ﷺ : الكلب خبيث، خبيث ثمنه) وأما الطاهر فضربان، طائر ودواب، فأما الدواب فضربان، دواب الإنس ودواب الوحش ، فأما دواب الإنس فإنه يحل منها الأنعام ، وهي الإبل والبقر والغنم لقوله تعالى : (أحلت لكم بهيمة الأنعام [4]) وقوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات) [5] والأنعام من الطيبات ، ولم يزل الناس يأكلونها ويبيعون [6] لحومها في الجاهلية والإسلام . ويحل [أكل] الخيل لما روى جابر رضي الله عنه قال : (ذبحنا يوم خيبر [7] من الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل) ولا تحل البغال والحمير لحديث جابر رضي الله عنه . ولا يحل السنور لما

---

(١) في نسخة المهذب المطبوعة باب الأطعمة فكأنه جعلها من كتاب الحج وما هنا أصح . (ط)

(٢) الآية ٣ من سورة المائدة .

(٣ ، ٥) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

(٤) من الآية الأولى من سورة المائدة .

(٦) في النسخة المطبوعة من المهذب ويبتغون . (ط)

(٧) في النسخة المطبوعة حنين بدل خيبر . (ط)

روى ان النبى ﷺ قال : (الهرة سبع) ولانه يصطاد بالناب وياكل الجيف فهو كالاسد) .

(الشرح) حديث : (الكلب خبيث خبيث ثمنه) رواه [1] وفى صحيح مسلم عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ قال : (ثمن الكلب خبيث) وينكر على الحميدى كونه لم يذكر هذا الحديث فى الجمع بين الصحيحين فى مسند رافع مع أن مسلما كرره فى كتاب البيوع من صحيحه ، وأما حديث جابر فصحيح رواه أبو داود وآخرون بلفظه بأسانيد صحيحة ؛ ورواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما ولفظهما عن جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية ، وأذن فى لحوم الخيل) وأما حديث (الهرة سبع) فرواه [2] وفى سنن البيهقى عن جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن أكل الهرة وأكل ثمنها) [3] .

وأما قول المصنف : ما يؤكل شيئان ، ففيه تساهل لأن مقتضى سياقه أن المأكول ينقسم إلى مأكول وغيره ، وكأنه أراد بالمأكول ما يمكن أكله لا ما يحل أكله ، وكان الأجود أن يقول : الأعيان شيئان حيوان وغيره إلى آخر كلامه ، وقوله : طائر ودواب ، هكذا فى النسخ ، طائر ، وكان الأحسن : طير ودواب ، لأن الطير جمع كالدواب ، والطائر مفرد كالدابة .

(اما الاحكام) فالأعيان شيئان ، حيوان وغيره والحيوان قسمان

---

(١) بياض بالأصل وتحريره أن الحديث رواه احمد فى مسنده وابو داود والترمذى عن رافع بن خديج والحاكم فى جامعه عن ابن عباس . (ط)

(٢) بياض بالأصل ولم اعثر على هذا النص فى كتب السنة ولكن معناه يدخل فى منطوق ومفهوم حديث ابى ثعلبة الخشنى الذى رواه احمد والستة وابن الجارود والدارمى فى سننه « نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع » وزاد فى سنن الدارمى رواية عن ابن عباس . « وعن كل ذى مخلب من الطير » والله أعلم . (ط)

(٣) ورواه الترمذى وابن ماجه والحاكم فى المستدرك .

برى وبحرى والبرى ضربان طاهر ونجس (فأما) النجس فلا يحل أكله . وهو الكلب والخنزير ، وما تولد من أحدهما وغيره ، وهــذا لا خلاف فيه ، ولو ارتضع جدى من كلبة وتربى على لبنها ففى حله وجهان ، حكاهما الشاشى وصاحب البيان وغيرهما (أصحهما) يحل (والثانى) لا (وأما) الطاهر فصنفان طير ودواب ، والدواب نوعان دواب الإنس ودواب الوحش (فأما) دواب الإنس فيحل منها الإبل والبقر والغنم ، ويقال لهذه الثلاثة : الأنعام ، ويحل منها الخيل سواء منها العتيق وهو الذى أبواه عربيان ، والبرذون وهو الذى أبواه عجميـــان . والهجين وهو الذى أبوه عربى وأمه عجمية ، والمقرف وهو عكسه ، وكل ذلك حلال لا كراهة فيه عندنا ، ويحرم البغل والحمار [1] بلا خلاف عندنا ، ويحرم السنور الأهلى على المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور وفيــه وجه أنه حلال ، وحكاه الرافعى عن أبى عبد الله البوسنجى من أصحابنا ، وأدلة الجميع فى الكتاب والله أعلم .

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى لحم الخيل . قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حلال لا كراهة فيه وبه قال أكثر العلماء ، ممن قال به عبد الله بن الزبير وفضاله بن عبيد وأنس بن مالك وأسماء بنت أبى بكر وسويد بن غفلة وعلقمة والأسود وعطاء وشريح وسعيد بن جبير والحسن البصرى وإبراهيم النخعى وحماد بن أبى سليمان وأحمد وإسحق وأبو يوسف ومحمد وداود وغيرهم ، وكرهها طائفة ، منهم ابن عباس والحكم [2] ومالك وأبو حنيفة ، قال أبو حنيفة : يأثم بأكله ولا يسمى حراما ، واحتج لهم بقوله تعالى : (والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) [3] ولم يذكر الأكل منها ،

---

(١) وهى حرام أيضا عند المالكية لاختصاصها فى الآية بالركوب والزينة (والخيــل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) . (ط)

(٢) واذا قال أحد هؤلاء الائمة : (واكره كذا) يعنى احرمه . (ط)

(٣) الآية ٨ من سورة النحل .

وذكر الأكل من الأنعام فى الآية التى قبلها ، وبحديث صالح بن يحيى بن المقدام عن أبيه عن جده عن خالد بن الوليد قال (نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذى ناب من السباع) رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه من رواية بقية بن الوليد عن صالح عن يحيى بن المقدام بن معد يكرب عن أبيه عن جده عن خالد واتفق العلماء من أئمة الحديث وغيرهم على أنه حديث ضعيف ، وقال بعضهم : هو منسوخ .

روى الدارقطنى والبيهقى بإسنادهما عن موسى بن هرون الحمال الحافظ قال : هذا حديث ضعيف قال : لا يعرف صالح بن يحيى ولا أبوه إلا بجده ، وقال البخارى : هذا الحديث فيه نظر ، وقال البيهقى : هذا إسناد مضطرب ، ومع اضطرابه هو مخالف لأحاديث الثقات ، يعنى فى إباحة لحم الخيل ، وقال الخطابى فى إسناده نظر ، قال : وصالح بن يحيى بن المقدام عن أبيه عن جده لا يعرف سماع بعضهم من بعض ، وقال أبو داود : هذا الحديث منسوخ ، وقال النسائى : حديث الإباحة أصح قال : ويشبه إن كان هذا صحيحا أن يكون منسوخا ، لأن قوله فى الحديث الصحيح : « أذن فى لحوم الخيل » دليل على ذلك ، قال النسائى : ولا أعلم أحدا رواه غير بقية .

واحتج أصحابنا بحديث جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل) رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما ، وسبق بيان صحة الرواية التى رواها المصنف ، وعن جابر قال : (سافرنا مع رسول الله ﷺ وكنا نأكل لحوم الخيل ونشرب ألبانها) رواه الدارقطنى والبيهقى بإسناد صحيح ، وفى رواية عن جابر أنهم « كانوا يأكلون لحوم الخيل على عهد رسول الله ﷺ » وعن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما قالت : (أكلنا لحم فرس على عهد النبى ﷺ) رواه البخارى ومسلم . وفى رواية قالت : (نحرنا فرسا على عهد النبى ﷺ فأكلناه) .

(وأما الجواب) عن الآية الكريمة التى احتج بهـا الآخرون فهو ما أجاب الخطابى وأصحابنا وغيرهم أن ذكر الركوب والزينة لا يدل على أن منفعتهما مقصورة على ذلك ، وإنما خص هذان بالذكر لأنهما معظم المقصود من الخيل كقوله تعـالى : (حرمت عليكم الميتـة والدم ولحم الخنزير)[1] فذكر اللحم لأنه معظم المقصود ، وقد أجمع المسلمون على تحريم شحمه ودمه وسائر أجزائه ، قالوا : ولهذا سكت عن حمل الأثقال عن الخيل مع قوله تعالى فى الأنعام : (وتحمل أثقالكم)[2] ولم يلزم من هذا تحريم حمل الأثقال على الخيل ، وينضم إلى ما ذكرناه فى تأويل الآية ما قدمناه فى الأحاديث الصحيحة فى إباحة لحم الخيل مع عدم المعـارض الصحيح لها ، وأما الحديث الذى احتجوا به فسبق جوابه والله تعـالى أعـلم .

(فـرع) لحم الحمر الأهلية حرام عندنا ، وبه قال جماهير العلماء من السلف والخلف ، قال الخطابى : هو قول عامة العلماء ، قال : وإنمـا رويت الرخصة فيه عن ابن عباس ، رواه عنه أبو داود فى سننه ، قلت : ورواه عن ابن عباس البخارى فى صحيحه كما سنوضحه إن شاء الله تعالى ، وعنـد مالك ثلاث روايات فى لحمهـا ، أشهرها أنه مكروه كراهة تنزيه شديدة ، والثانية حرام والثالثة مباح ، واحتج لابن عباس بقوله تعالى . (قل : لا أجد فيما أوحى إلىّ محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة)[3] الآية ، وبحديث غالب بن أبجر قال : (أصابتنا سنة فلم يكن فى مالى شىء أطعم إلا الحمر الأهلية ، وقد كان رسول الله ﷺ حرم لحوم الحمر الأهلية

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة .

(٢) من الآية ٧ من سورة النحل .

(٣) الآية ١٤٥ من سورة الأنعام .

فأتيت رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله أصابتنا السنة ، ولم يكن فى مالى ما أطعم أهلى إلا سمان حر ، وإنك حرمت الحمر الأهلية فقال : « أطعم أهلك من سمين حمرك ، فإنما حرمتهـا من أجل جوال القرية ») رواه أبو داود واتفق الحفاظ على تضعيفه • قال الخطابى والبيهقى وغيرهما • هو حديث يختلف فى إسناده ، يعنون مضطربا •

قال البيهقى وغيره : وهذا الحديث لا يعارض الأحاديث الصحيحة التى سنذكرها إن شاء الله تعالى ، قالوا : ولو بلغ ابن عباس أحاديث النبى ﷺ الصحيحة الصريحة فى تحريمها لم يصر إلى غيرها •

ودليل الجمهور فى تحريمها حديث على رضى الله عنه (أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن لحوم الحمر الأهلية) رواه البخارى ومسـلم ، وعن ابن عمر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الحمر الأهلية) رواه البخارى ومسلم ، وعن جابر بن عبد الله (أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهليـة ، وأذن فى لحوم الخيل) رواه البخارى ومسلم • وعن البراء بن عازب قال : (كنـا مع رسول الله ﷺ فأصبنا حمرا فطبخناها ، فأمر مناديا فنادى أن أكفئوا القدور) رواه البخارى ومسلم من طرق ، وروياه من رواية عبد الله بن أبى أوفى • وعن سلمة بن الأكوع قال : (لمـا قدمنا خيبر رأى رسول الله ﷺ نيرانا توقد فقال : علام توقد هذه النيران ؟ فقالوا : على لحوم الحمر الأهلية قال : كسروا القدور وأهريقوا ما فيها ، فقال رجل من القوم : يا رسول الله أو نهريق ما فيها ونغسلها ؟ فقال : أو ذاك) رواه البخارى ومسلم •

وعن عمرو بن دينار قال : (قلت لجابر بن زيد يزعمون أن رسول الله ﷺ نهى عن الحمر الأهلية فقال : قد كان يقول ذاك الحـكم بن عمرو

الغفارى عندنا بالبصرة ، ولكن أبى ذلك ابن عباس وقرأ : « قل لا أجد فيما أوحي إلى محرما » رواه البخارى ، وقوله : أبى ذلك ابن عباس محمول على أنه لم يبلغه حديث الحكم بن عمرو وغيره .

وعن ابن عباس قال : (لا أدرى أنهى رسول الله ﷺ من أجل أنه كان حمولة الناس ، فكره أن تذهب حمولتهم ؟ أو حرم يوم خيبر لحم الحمر الأهلية ؟) رواه البخارى ومسلم وعن ابن أبى أوفى قال : (أصابتنا مجاعة ليالى خيبر فلما كان يوم خيبر وقعنا فى الحمر الأهلية فانتحرناها ، فلما غلت بها القدور نادى منادى رسول الله ﷺ : أكفئوا القدور ولا تأكلوا من لحوم الحمر شيئا ، فقال ناس : إنما حرمها رسول الله ﷺ لأنها لم تخمس وقال آخرون : حرمها البتة) رواه البخارى ومسلم . وعن أبى ثعلبة الخشنى قال : (حرم رسول الله ﷺ لحم الحمر ، ولحم كل ذى ناب من السباع) رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى ، ولفظ مسلم (حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية) وعن أنس (أن النبى ﷺ جاءه جاء فقال : أكلت الحمر ؟ ثم جاءه جاء فقال : أكلت الحمر ، ثم جاءه جاء فقال : أفنيت الحمر فنادى منادى رسول الله ﷺ فى الناس : إن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس فأكفئت القدور وإنها لتفور باللحم) رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم : (رجس من عمل الشيطان) وفى رواية له : (رجس أو نجس) وعن المقدام بن معد يكرب قال : (حرم رسول الله ﷺ أشياء يوم خيبر منها الحمار الأهلى) رواه البيهقى وغيره والأحاديث فى المسئلة كثيرة ، والله أعلم .

(وأما) الحديث المذكور فى سنن أبى داود عن غالب بن أبجر قال : (أتيت النبى ﷺ فقلت : يا رسول الله أصابتنا السنة ، ولم يكن فى مالى

ما أطعم أهلي إلا سمان حمر ، وإنك حرمت لحوم الحمر الأهلية ، فقال : أطعم أهلك من سمين حمرك فإنمـا حرمتها من أجل جوال القرية يعني بالجوال الذي يأكل الجلة وهي العذرة • فهذا الحديث مضطرب مختلف الإسناد ، كثير الاختلاف والاضطراب باتفاق الحفـاظ ، وممن أوضح اضطرابه الحافظ أبو القاسم بن عساكر في الأطراف ، فهو حديث ضعيف • ولو صح لحمل على الأكل منها حال الاضطرار ، ولأنها قصة عين لا عموم لها ، فلا حجة فيها ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) لحم البغل حرام عندنا ، وبه قال جميع الأئمة إلا ما حكاه أصحابنا عن الحســن البصري أنه أباحه • دليلنـا حديث جابر السابق وغيره •

(فـرع) لحم الكلب حرام عندنا ، وبه قالت الأئمة بأسرها إلا روايه عن مالك في الجرو •

(فـرع) السنور الأهلي حرام عندنا ، وبه قال جمهور العلمـاء ، وأباحه الليث بن ربيعة ، وقال مالك : يكره فقال بعض أصحابنا : كراهة تنزيه ، وبعضهم كراهة تحريم ، والله أعلم •

(فـرع) ذبح الحمار والبغل ونحوهما مما لا يؤكل ليدبغ جلده أو ليصطاد على لحمه السنور والعقبان ونحو ذلك حرام عندنا ، وجوزه أبو حنيفة وشعب المسئلة واضحة في باب الآنية •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(واما الوحش فإنه يحل منه الظباء والبقر لقوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات) والظباء والبقر من الطيبات ، يصطاد ويؤكل ، ويحل الحمـار الوحشي للآية ولمـا روى (ان ابا قتـادة كان مع قوم محرمين وهو حلال

فسنح لهم حمر وحش فحمل عليها ابو قتادة فعقر منها اتانا فاكلوا منهـا وقالوا : ناكل من لحم صيد ونحن محرومون ؟ فحملوا ما بقى من لحمهـا فقال رسول الله ﷺ : كلوا ما بقى من لحمها) ويحل اكل الضبع لقوله عز وجل : (ويحل لهم الطيبات) قال الشافعى رحمه الله : ما زال النـاس يأكلون الضبع ويبيعونه بين الصفا والمروة • وروى جابر ان النبى ﷺ قال : (الضبع صيد يؤكل) وفيه كبش إذا اصابه المحرم) •

(الشرح) حديث أبى قتادة رواه البخارى ومسلم ، وحديث جابر صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وقوله : سنح ــ هو بسين مهملة ونون مخففة مفتوحتين ثم حاء مهملة ــ أى عرض (قوله) يأكلون الضبع ويبيعونه ، الضمير فى يبيعونه يعود إلى لحم الضبع ، وإلا فالضبع مؤنثة • وهو ــ بفتح الضاد وضم الباء ــ ويجوز إسـكانها ، والتثنية ضبعان والجمع ضباع والمذكر ضبعان ــ بكسر الضاد وإسكان الباء وتنوين النون ــ والجمع ضباعين كسرحان وسراحين •

(اما الأحكام) فدواب الوحش يحل منها الظبـاء والبقر والحمر والضـبع لمـا ذكره المصنف ، وهـذا كله متفق عليـه ، ويحل الوعل بلا خلاف •

(فـرع) الضبع والثعلب مباحان عندنا ، وعند أحمـد وداود ، وحرمهما أبو حنيفة وقال مالك : يكرهان ، وممن قال بإباحة الضبع على ابن أبى طالب وإسحاق بن راهوية وأبو ثور وخلائق من الصحابة والتابعين، وممن أباح الثعلب طاوس وقتادة وأبو ثور •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويحل اكل الأرنب لقوله تعالى : ويحل لهم الطيبات) [1] **والأرنب من**

---

(١) مكرر من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف •

الطيبات ولما روى جابر (ان غلاما من قومه اصاب ارنبا فذبحهـا بمروة فسال رسول الله ﷺ عن اكلها فامره ان ياكلها) ويحل اليربوع لقوله تعالى : (ويحل لهم الطيبـات)[1] واليربوع من الطيبـات تصطاده العرب وتاكله واوجب فيه عمر رضى الله عنه على المحرم إذا اصابه جفرة فدل على انه صيد ماكول ، ويحل اكل الثعلب لقوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات)[1] والثعلب من الطيبات مستطاب يصطاد ، ولأنه لا يتقوى بنابه فاشبه الأرنب ، ويحل اكل ابن عرس والوبر لما ذكرناه فى الثعلب ، ويحل [اكل] القنفذ لما روى ان ابن عمر رضى الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى :[2] (قل لا اجد فيما اوحى إلى محرما على طاعم يطعمه) الآية ، ولانه مستطاب لا يتقوى بنابه فحل اكله كالأرنب ويحل الضب لما روى ان عباس رضى الله عنهما[3] (انه اخبره خالد بن الوليد انه دخل مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة رضى الله عنها فوجد عندها ضبا محنوذا فقدمت الضب إلى رسول الله ﷺ فرفع رسول الله ﷺ يده ، فقال خالد : احرام الضب يا رسول الله ؟ قال : لا ولكن لم يكن بارض قومى فاجدنى اعافه ، قال خالد : فاجتررته فاكلته ورسول الله ﷺ ينظر فلم ينهه) .

(الشرح) حديث جابر فى الأرنب رواه البيهقى بلفظه بإسناد حسن وجاءت أحاديث صحيحة بمعناه (منها) حديث أنس قال : (أفصحنا أرنبا عن الظهران فأدركتها فأخذتها فذهبت بها إلى أبى طلحة فذبحها وبعث بكتفها وفخذها إلى رسول الله ﷺ فقبله) رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية البخارى قبله وأكل منه (وأما) الأثر المذكور عن ابن عمر : فى القنفذ فهو بعض حديث طويل عن عيسى[4] بن نميلة عن أبيه قال كنت عند ابن عمر فسئل عن أكل القنفذ فتلا (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما) الآية ،

---

(١) مكرر من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف .

(٢) من الآية ١٤٥ من سورة الانعام .

(٣) ام خالد لبابة الكبرى وام عبد الله بن عباس لبابة الصغرى وميمونة ام المؤمنين ثلاثتهن شقيقات ابوهن الحارث بن حزن الهلالى واختهن من الام اسماء بنت عميس الخثعمية ام عبد الله بن جعفر بن ابى طالب ومحمد بن ابى بكر وعون ويحيى ابنى على بن أبى طالب .

(٤) قال فى التقريب : عيسى بن نميلة مجهول فزارى حجـازى من السـابعة روى له ابو داود فيكون من مجهولى الحال لا مجهول العين . (ط)

قال شيخ عنده سمعت أبا هريرة يقول ذكر عند رسول الله ﷺ فقال : (خبيثة من الخبائث فقال ابن عمر : إن كان رسول الله ﷺ قال هذا فهو كما قال) رواه أبو داود بإسناد ضعيف ، قال البيهقى لم يرو إلا بهذا الإسناد ، قال وهو إسناد فيه ضعف (وأما) حديث ابن عباس عن خالد فرواه البخارى ومسلم .

(قوله) فذبحها بمروة ـــ هى بفتح الميم ـــ وهى الحجرة (قوله) القنفذ هو ـــ بضم القاف والفاء ـــ ويقال بفتح الفاء لغتان ذكرهما الجوهرى : وجمعها قنافذ ، والوبر ـــ بإسكان الباء ـــ جمعه وبار ـــ بكسر الواو ـــ والضب المحنوذ أى المشوى ، قوله : فاجترته هكذا هو بالراء المكررة ، هذا هو الصواب المعروف فى كتب الحديث والفقه وغيرهما ، وذكر بعض من تكلم فى ألفاظ المهذب أنه بالزاى بعد الراء أى وطعنه .

(أما الأحكام) فيحل الأرنب واليربوع والثعلب والقنفذ والضب والوبر وابن عرس ، ولا خلاف فى شيء من هذه ، إلا الوبر والقنفذ ففيهما وجه أنهما حرام والصحيح المنصوص تحليلهما وبه قطع الجمهور ، ويحل الدلدل [1] على الصحيح المنصوص وفيه وجه (وأما) السمور والسنجاب والفنل ـــ بفتح الفاء والنون ـــ والقاقم بالقافين وضم الثانية والحواصل ففيها وجهان (الصحيح) المنصوص أنها حلال (والثانى) أنها حرام . والله تعالى أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الضب . مذهبنا أنه حلال غير مكروه وبه قال مالك وأحمد والجمهور ، وقال أصحاب أبى حنيفة يكره ، وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره . دليلنا حديث خالد وأحاديث كثيرة فى الصحيحين ، وأما القنفذ فحلال عندنا لا يكره ، وبه قال مالك والجمهور ،

---

(١) وهو القنفذ العظيم .

وقال أحمد : يحرم ، وقال أصحاب أبى حنيفة يكره ، وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره ، وبه قال مالك وأحمد والجمهور ، وقال أصحاب أبى حنيفة: يكره ، ونقل صاحب البيان عن أبى حنيفة تحريم الضب والوبر وابن عرس والقنفذ واليربوع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يحل ما يتقوى بنابه ويعدو على الناس وعلى البهائم ، كالأسد والفهد والذئب والنمر والدب ، لقوله عز وجل (ويحرم عليهم[1] الخبائث) وهذه السباع من الخبائث ، لأنها تأكل الجيف ولا يستطيبها العرب . ولما روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبى ﷺ نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع [واكل] كل ذى مخلب من الطير » وفى ابن آوى وجهان (أحدهما) يحل لأنه لا يتقوى بنابه ، فهو كالأرنب (والثانى) لا يحل لأنه مستخبث كريه الرائحة ، لأنه من جنس الكلاب ، فلم يحل أكله ، وفى سنور الوحش وجهان (احدهما) لا يحل لأنه يصطاد بنابه ، فلم يحل كالأسد والفهد (والثانى) يحل لأنه حيوان يتنوع إلى حيوان وحشى وأهلى ، ويحرم الأهلى منه ويحل الوحشى منه كالحمار الوحشى ولا يحل أكل حشرات الأرض كالحيات والعقارب والفأر والخنافس والعظاء[2] والصراصير والعناكب والوزغ وسام ابرص والجعلان والديدان وبنات وردان وحمار قبان لقوله تعالى : (ويحرم[1] عليهم الخبائث) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه مسلم بلفظه ، ورواه البخارى ومسلم جميعا من رواية أبى ثعلبة الخشنى (أن النبى ﷺ نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع) ورواه مسلم أيضا من رواية أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : (كل ذى ناب من السباع فأكله حرام) قال أهل اللغة : المخلب ــ بكسر الميم وإسكان الخاء المعجمة ــ وهو للظئر والسباع كالظفر

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف .

(٢) ما تسمى فى لغة العامة السحالى ومفردها سحلية ، والعظاء جمع مفرده عظاية . (ط)

للإنسان (وأما) الحشرات فبفتح الحـاء والشين ، وهى هوام الأرض وصغار دوابها والحية تطلق على الذكر والأنثى[1] والبطة (وأما) العقرب والعقربة والعقربا فاسم للأنثى ، ويقـال للذكر : عقربان ـ بضم العين والراء ـ وأما الخنافس فجمع خنفساء ـ بضم الخاء وبالمد والفاء مفتوحة ومضمومة ـ والفتح أفصح وأشهر، قال الجوهرى : ويقال خنفس وخنفسة (وأما) العنـاكب فجمـع عنكبوت وهى هـذه الناسجة المعروفة قال الجوهرى : الغالب عليها التأنيث •

(وأما) سام أبرص ـ فبتشديد الميم ـ قال أهل اللغة : هو كبار الوزغ ، قال النحويون واللغويون : سـام أبرص اسـمان جعلا واحدا ويجوز فيه وجهان (أحدهما) البناء على الفتح كخمسة عشر (والثانى) إعراب الأول وإضافته إلى الثانى ويكون الثانى لأنه لا ينصرف •

(وأما) الجعلان ـ فبكسر الجيم وإسكان العين ـ جمع جعل ـ بضم الجيم وفتح العين ـ وهى دويبة معروفة يدحرج القذر ، وأما الديدان ـ فبكسر الدال الأولى ، وهى جمع دود كعود وعيدان وواحدة دودة (وأما) حمار قبان فدويبة معروفة كثيرة الأرجل وهى فعلان لا ينصرف لا معرفة ولا نكرة والله تعالى أعلم •

(أما الأحكام) فقال الشافعى : (يحرم أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير للحديث) قالوا : والمراد بذى الناب ما يتقوى بنابه ويعدو على الحيوان كما ذكره المصنف ، فمن ذلك الأسد والفهـد والنمر والذئب والدب والقرد والفيل والببر ـ بباءين موحدتين ـ الأولى مفتوحة والثانية ساكنة ، وهو حيوان معروف يعادى الأسد ويقـال له

---

(١) بياض بالاصل ولعل السقط كالوزة ، والبطة ، وهما على وزن الحية ولفظهما يطلق على الذكر والأنثى .

أيضا ـ الفرانق بضم الفاء وكسر النون ـ فكل هذه المذكورات حرام بلا خلاف عندنا إلا وجها شاذا فى الفيل خاصة أنه حلال ، حكاه الرافعى عن الإمام أبى عبد الله البوسنجى من أصحابنا ، وزعم أنه لا يعدو من الفيلة إلا العجل المغتلم كالإبل والصحيح المشهور تحريمه .

(وأما) ابن آوى وابن مفترض ففيهما وجهان (أصحهما) تحريمهما وبه قطع المراوزة وفى سنور البر وجهان (الأصح) تحريمه وقال الخضرى: حلال (وأما) الحشرات فكلها مستخبثة وكلها محرمة سوى ما يدرج منها وما يطير (فمنها) ذوات السموم والإبر كالحية والعقرب والزنبور (ومنها) الوزغ وأنواعه كحرباء الظهيرة والعظاء وهى ملساء تشبه سام أبرص ، وهى أخس منه واحدتها عظاة وعظاية فكل هذا حرام ويحرم النمل والذر والفأرة والذباب والخفساء والقراد والجعلان وبنات وردان وحمار قبان والديدان إلا دود الجبن والخل والباقلا والفواكه ، ونحوها من المأكول الذى يتولد منه الدود ففى حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه سبقت فى باب المياه (أحدها) يحل (والثانى) لا (وأصحها) يحل أكله مع ما تولد منه لا منفردا .

ويحرم اللحكاء وهى ـ بضم اللام وفتح الحاء المهملة وبالمد ـ وهى دويبة تغوص فى الرمل إذا رأت إنسانا قال أصحابنا : ويستثنى من الحشرات اليربوع والضب فإنهما حلالان كما سبق مع دخولهما فى اسم الحشرات ، وكذا أم حبين فإنها حلال على أصح الوجهين قالوا : ويستثنى من ذوات الإبر الجراد ، فإنه حلال قطعا وكذا القنفذ على الصحيح كما سبق ، وأما الصرارة فحرام على أصح الوجهين كالخنفساء . والله سبحانه أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى حشرات الأرض كالحيات والعقارب والجعلان وبنات وردان والفأرة ونحوها . مذهبنا أنها حرام ، وبه قال

أبو حنيفة وأحمد وداود ، وقال مالك : حلال لقوله تعالى : (قل[1] لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة) الآية وبحديث التلب[2] ــ بتاء مثناة فوق مفتــوحة ثم لام مكسورة ثم باء موحدة ــ الصحابى رضى الله عنه قال : (صحبت النبى ﷺ فلم أسمع لحشرة الأرض تحريما) رواه أبو داود •

واحتج الشــافعى والأصحاب بقوله تعــالى : (ويحرم عليهم[3] الخبائث) وهذا مما يستخبثه العرب وبقوله ﷺ : (خمس من الدواب كلهن فاسق ، يقتلن فى الحرم : الغــراب والحدأة والعقــرب والفــأرة والكلب العقور) رواه البخاري ومسلم من رواية عائشة وحفصة وابن عمر • وعن أم شريك (أن النبى ﷺ أمر بقتل الأوزاغ) رواه البخارى ومسلم ، وأما قوله تعالى : (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما) الآية • فقال الشافعى وغيره من العلماء : معناها مما كنتم تأكلون وتستطيبون ، قال الشافعى : وهذا أولى معانى الآية استدلالا بالسنة والله أعلم •

(وأما) حديث التلب فإن ثبت لم يكن فيه دليل ، لأن قوله لم أسمع لا يدل على عدم سماع غيره والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهبهم فى أكل السباع التى تتقوى بالناب كالأسد والنمر والذئب وأشباههــا • قد ذكرنا أن مذهبنا أنهــا حرام ، وبه قال أبو حنيفة وأحمــد وداود والجمهــور (وقال) مالك تكره ولا تحرم (واحتج) بقوله تعالى : (قل[1] لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم

---

(١) الآية ١٤٥ من سورة الأنعام •

(٢) التلب بن ثعلبة ويقال بتشديد الباء الموحدة وثعلبة بن ربيعة التميمى العنبرى صحابى ليس له سوى هذا الحديث .

(٣) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف

يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ، فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به) واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة من رواية ابن عباس وغيره فى النهى عن كل ذى ناب من السباع ، وفى رواية مسلم التى قدمناها (كل ذى ناب من السباع فأكله حرام) وأجابوا عن الآية الكريمة بأنه أمر أن يخبر بأنه لا يجد محرما فى ذلك الوقت إلا هـذا ، ثم ورد وحى آخر بتحريم السباع فأخبر به ، والآية مكية والأحاديث مدنية ولأن الحديث مخصص للآية والله سبحانه أعلم •

(فـرع) فى أنواع اختلف السلف فيها :

(منها) القرد هو حرام عندنا وبه قال عطـاء وعكرمة ومجـاهد ومكحول والحسن وابن حبيب المـالكى • وقال مالك وجمهور أصحابه ليس بحرام •

(ومنها) الفيل وهو حرام عنـدنا وعند أبى حنيفـة والكوفيين والحسن • وأباحه الشعبى ولبن شهاب ومالك فى رواية • حجة الأولين أنه ذو ناب •

(ومنها) الأرنب وهو حلال عندنا ، وعند العلماء كافة إلا ما حكى عن ابن عمرو بن العاص وابن أبى ليلى أنهما كرهاها • دلت لنا الأحاديث السابقة فى إباحتها ولم يثبت فى النهى عنها شيء •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وأما الطائر فإنه يحل منه النعـامة لقوله تعالى : (ويحل[1] لهـم الطيبات) وقضت الصحابة رضى الله عنهم فيها ببدنة ، فدل على انه صيد مأكول ، ويحل الديك والدجاج والحمام والدراج والقبج والقطـا والبط

(1) من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف .

والكراكي والعصفور والقنابر لقوله تعالى : (ويحل[1] لهم الطيبات) وهذه كلها مستطابة ، وروى ابو موسى الأشعرى رضى الله تعالى عنه قال : (رايت النبى ﷺ يأكل لحم الدجاج) وروى سفينة رضى الله عنه مولى رسول الله ﷺ قال : (أكلت مع رسول الله ﷺ لحم حبارى) ويحل اكل الجراد لما روى عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنهما قال : (غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات يأكل الجراد ونأكله) ويحرم اكل الهدهد والخطاف (لأن النبى ﷺ نهى عن قتلهما) وما يؤكل لا ينهى عن قتله ، ويحرم ما يصطاد ويتقوى بالمخلب كالصقر والبازى ، لحديث ابن عباس رضى الله عنهما : (ان النبى ﷺ نهى عن اكل كل ذى ناب من السباع وأكل كل ذى مخلب من الطير) ويحرم اكل الحداة والغراب الأبقع لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال : (خمس يقتلن فى الحل والحرم : الحية والفارة والغراب الأبقع والحدأة والكلب العقور) وما أمر بقتله لا يحل أكله قالت عائشة رضى الله عنها : (إنى لأعجب ممن يأكل الغراب ، وقد اذن رسول الله ﷺ فى قتله) ويحرم الغراب الأسود الكبير لأنه مستخبث يأكل الجيف فهو كالأبقع وفى الغداف[2] وغراب الزرع وجهان (احدهما) لا يحل للخبر (والثانى) يحل لأنه مستطاب يلقط الحب فهو كالحمام والدجاج ، وتحرم حشرات الطير كالنحل والزنبور والذباب لقوله تعالى : (ويحرم[1] عليهم الخبائث) وهذه من الخبائث) .

(الشرح) حديث أبى موسى رواه البخارى ومسلم وحديث سفينة رواه أبو داود والترمذى بإسناد ضعيف ، وقال الترمذى : هو غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه . وحديث عبد الله بن أبى أوفى رواه البخارى ومسلم ولفظه (غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات نأكل معه الجراد) .

(وأما) حديث النهى عن قتل الهدهد فرواه عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس (أن النبى ﷺ نهى عن قتل أربع من الدواب : النملة والنحلة والهدهد والصرد) رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخارى

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

(٢) العطف هنا عطف بيان لان الغداف هو غراب القيظ كما يقول الدميرى فى حياة الحيوان . (ط)

ومسلم ذكره فى آخر كتابه ، ورواه ابن ماجه فى كتاب الصيد بإسناده على شرط البخارى .

(وأما) النهى عن قتل الخطاف فهو ضعيف ومرسل ، رواه البيهقى بإسناده عن أبى الحويرث عبد الرحمن بن معاوية ، وهو من تابعى التابعين أو من التابعين عن النبى ﷺ (أنه نهى عن قتل الخطاطيف وقال : لا تقتلوا العوذ إنها تعوذ بكم من غيركم) قال البيهقى : هذا منقطع قال : وروى حمزة النصيبى فيه حديثا مسندا إلا أنه كان يرمى بالوضع ، وصح عن عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفا عليه أنه قال : (لا تقتلوا الضفادع فإن نقيقها تسبيح ولا تقتلوا الخفاش فإنه لما خرب بيت المقدس قال : يارب سلطنى على البحر حتى أغرقهم) قال البيهقى : إسناد صحيح .

(وأما) حديث ابن عباس فرواه البخارى ومسلم وسبق بيان طرقه وشرحه فى الفصل الذى قبل هذا .

(وأما) حديث عائشة : (خمس يُقتلن فى الحل والحرم إلى آخره) فصحيح رواه البخارى ومسلم وسبق قريبا .

(وأما) حديث عائشة : (إنى لأعجب ممن يأكل الغراب إلى آخره) فرواه البيهقى بإسناد صحيح إلا أن فيه عبد الله بن أبى أويس وقد ضعفه الأكثرون ووثقه بعضهم وروى له مسلم فى صحيحه .

(أما ألفاظ الفصل) فقوله : (وأما الطائر) هكذا هو فى النسخ . والأجود أن يقول : وأما الطير ، لأن الطير جمع ، والطائر مفرد ، وقد سبق بيانه أول الباب . والنعامة ـ بفتح النون ـ قال الجوهرى : يذكر ويؤنث والنعام اسم جنس كحمامة وحمام .

(وأما) الديك فهو ذكر الدجاج جمعه ديوك وديكة ، والدجاجة

بفتح الدال وكسرها لغتان والفتح أفصح باتفاقهم ، الواحد دجاجة يقع على الذكر والأنثى ، وجمع المصنف بين الديك والدجاج هو من باب ذكر العام بعد الخاص ، وهو جائز ، ومنه قوله تعالى : (رب اغفر لي ولوالدي ولمن دخل بيتي مؤمنا وللمؤمنين والمؤمنات[1]) وقوله تعالى : (إن صلاتي ونسكي)[2] .

(وأما) القبج ــ فبفتح القاف وإسكان الباء الموحدة وبالجيم ــ وهو الحجل المعروف . قال الجوهري : هو فارسي معرب ، لأن القاف والجيم لا يجتمعان في كلمة واحدة من كلام العرب ، قال : والقبجة تقع على الذكر والأنثى حتى تقول يعقوب[3] ، فيختص بالذكر لأن الهاء إنما دخلته على أنه الواحد من الجنس ، وكذلك النعامة حتى تقول ظليم ، والنحلة حتى تقول يعسوب ، والدراجة حتى تقول : حيقطان ، والبومة حتى تقول : صدى أو فياد ، والحبارى حتى تقول : خرب ومثله كثير . هذا آخر كلام الجوهري .

(وأما) القنابر ــ فبقاف مفتوحة ــ ثم ــ نون ــ ثم ــ ألف ثم ــ باء موحدة ــ ثم راء جمع قبرة ــ بضم القاف وتشديد الباء الموحدة ــ قال الجوهري : وقد جاء في الشعر قنبرة كما تقوله العامة ، وهو ضرب من الطير (وأما) الهدهد ــ فبضم الهاءين ــ وجمعه هداهد ويقال للمفرد هداهد أيضا (وأما) البازي ففيه ثلاث لغات ، المشهور الفصيحة البازي ــ بتخفيف الياء والثانية باز والثالثة بازي ــ بتشديد الياء ــ حكاها ابن مكي وهي غريبة أنكرها الأكثرون ــ قال أبو زيد الأنصاري : يقال للبزاة

---

(1) الآية ٢٨ من سورة نوح .

(2) من الآية ١٦٢ من سورة الأنعام .

(3) اسم يطلق على ذكر القبج كما تقول ظليم ويعسوب وصدى لذكر النعام والنحل والبومة . (ط)

•الشواهين وغيرهما مما تصيد صقور ، واحدها صقر ، والأنثى صقرة ، وقد ينكر على المصنف كونه جعل الصقر قسيما للبازى ، مع أنه يتناوله وغيره كما ذكره أبو زيد ، ويجاب عنه بأنه من باب ذكر الخاص بعد العام كقوله تعالى : (من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)[1] (وإذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح)[2] الآية •

(وأما) الحدأة — فبحاء مكسورة — ثم دال مفتوحة — ثم همزة — على وزن عنبة والجماعة حدأ كعنب (وأما) الفأرة — فبالهمز — ويجوز تركه (وأما) الغداف — فبغين معجمة مضمومة ثم — دال مهملة مخففة — وآخره فاء جمع غدفان ، قال ابن فارس : هو الغــراب الضــخم ، قال الجوهرى • هو غراب القيظ وقال العبدرى وغيره من أصحابنا هو غراب صغير أسود لونه لون الرماد ، والله أعلم •

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) اتفق أصحابنا على أنه يحل أكل النعامة والدجاج والكركى والحبارى والحجل والبط والقطا والعصافير والقنابر والدراج والحمام ، قال أصحابنا : وكل ذات طوق من الطير فهى داخلة فى الحمــام ، وهى حلال ، فيدخل فيه القمرى والدبس واليمام والفواخت ويحل الورسان وكل ما على شكل العصفور وفى حده فهو حلال ، فيدخل فى ذلك الصعوة والزرزور والنغر — بضم النون وفتح الغين المعجمة — والبلبل ويحــل العندليب والحمــرة على المذهب الصحيح ، وفيهما وجه ضعيف أنهمــا حرام ، وفى الببغاء والطاووس (وجهان) قال البغوى وغيره : (أصحهما التحريم) •

---

(١) الاية ٩٨ من سورة البقرة .

(٢) الاية ٨ من سورة الاحزاب .

(وأما) السقراف فقطع البغوى بحـله والصيمرى بتحريمه ، قال أبو عاصم العبادى : يحرم ملاعب ظله وهو طائر يسبح فى الجو مرارا ، كأنه ينصب على طـائر قال أبو عاصم . والبـوم حرام كالرخم قال : والضوع ــ بضم الضاد المعجمة وفتح الواو بالعين المهملة ــ حرام على أصح القولين ، قال الرافعى : هذا يقتضى أن الضوع غير البوم ، قال : لكن فى صحاح الجوهرى أن الضوع طائر من طير الليل من جنس الهام ، وقال المفضل : هو ذكر البوم قال الرافعى : فعلى هذا إن كان فى الضوع قول لزم إجراؤه فى البوم لأن الذكر والأنثى من جنس واحد لا يفترقان .

(قلت) : الأشهر أن الضوع من جنس الهام فلا يلزم اشتراكهما فى الحكم قال أبو عاصم : النهاش حرام كالسباع التى تنهش ، قال : واللقاط حلال إلا ما استثناه النص ، يعنى ذا المخلب ، وقال البوسنجى : اللقاط حلال بلا استثناء ، قال أبو عاصم : وما تقوت بالطـاهرات فحلال إلا ما استثناه النص ، وما تقوت بالنجس فحرام .

(فـرع) قال الشافعى والمصنف والأصحاب : يحرم أكل كل ذى مخلب من الطير يتقوى به ويصطاد كالصقر والنسر والبازى والعقـاب وغيرها للحديث السابق .

(المسألة الثانية) قال الشافعى والأصحاب : ما نهى عن قتله حرم أكله لأنه لو حل أكله لم ينه عن قتله كما لو لم ينـه عن قتل المـأكول ، فمن ذلك النمل والنحل فهما حرام ، وكذلك الخطاف والصرد والهدهد والثلاثة حرام على المذهب ، وفيها وجه ضعيف أنها مباحة وحكاه البندنيجى فى كتاب الحج قولا ، وجزم به فى الصرد والهدهد . والخفاش حرام قطعا قال الرافعى : وقد يجىء فيه الخلاف ، واللفاف حرام على أصح الوجهين .

(الثالثة) قال أصحابنا : ما أمر بقتله من الحيوان فأكله حرام « لأن النبى ﷺ أمر بقتل الفواسق الخمس فى الحرم والإحرام » فلو حل أكله

لما أمر بقتله مع قول الله تعالى : (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم)[1] فمن ذلك الحية والفأرة والحدأة وكل سبع ضار ، ويدخل فى هذا الأسد والذئب وغيرهما مما سبق ، قال أصحابنا : وقد يكون للشىء سببان أو أسباب تقتضى تحريمه وتحرم البغاثة ــ بفتح الباء الموحدة ــ وتخفيف الغين المعجمة وبالثاء المثلثة فى آخرها ــ والرخمة كما تحرم الحدأة .

(وأما) الغراب فهو أنواع (فمنها) الغراب الأبقع ، وهو حرام بلا خلاف للأحاديث الصحيحة (ومنها) الأسود الكبير ، وفيه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وجماعة التحريم (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) التحريم (والثالث) الحل .

(وأما) غراب الزرع وهو أسود صغير ، يقال له : الزاغ ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين ، ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) أنه حلال والأصح أن الغداف حرام ، قال الرافعى : ومن الغربان غراب صغير أسود أو رمادى اللون ، وقد يقال الغداف الصغير وهو حرام على أصح الوجهين ، وكذلك العقعق والله تعالى أعلم .

(الرابعة) يحرم حشرات الطير كالنحل والزنابير والذباب والبعوض وشبهها لما ذكره المصنف .

(الخامسة) يحل أكل الجراد بلا خلاف للحديث السابق ، وسواء مات بنفسه أو بقتل مسلم أو مجوسى ، وسواء قطع رأسه أم لا ولو قطع بعض جرادة وباقيها حى فوجهان (أصحهما) يحل المقطوع لأن المقطوع كالميت وميتته حلال . (والثانى) حرام وإنما يباح منه الجملة لحرمتها ، والله أعلم .

---

(١) من الآية ٩٥ من سورة المائدة .

(فـرع) قد ذكرنا أن الجراد حلال سواء مات باصطياد مسلم أو مجوسي أو مات حتف أنفه ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ، ومحمد بن عبد الحكم والأبهري المـالكيان وجماهير العلماء من السلف والخلف (قال) العبدري : وقال مالك : لا يحل إلا إذا مات بسبب ، بأن يقطع منه شيء أو يصلق أو يقلى حيا أو يشوى وإن لم يقطف رأسه ، قال : فإن مات حتف أنفه أو في وعاء لم يؤكل ، وعن أحمد رواية ضعيفة كمذهب مالك .

واحتج مالك بقوله تعالى : (حرمت عليكم الميتة)[1] واحتج أصحابنا بحديث ابن أبي أوفى السابق : « غزونا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات نأكل معه الجراد » رواه البخاري ومسلم ، وروى الشافعي عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أحلت لنـا ميتتان ودمان ، أما الميتتان فالحوت والجراد ، والدمان الكبد والطحال » قال البيهقي : ورواه سليمان[2] بن بلال عن زيد بن أسلم عن عبد الله بن عمر قال : « أحلت لنا ميتتان الحديث » قال البيهقي : هذا هو الصحيح (قلت) معناه أن الصحيح أن القائل : « أحلت لنا ميتتان » هو ابن عمر ، لأن الرواية الأولى ضعيفة جدا لاتفاق الحفاظ على تضعيف عبد الرحمن ابن زيد بن أسلم ، قال أحمد بن حنبل : روى حديثا منكرا (أحلت لنـا ميتتان) الحديث يعني أحمد الرواية الأولى (وأما) الثانية فصحيحة كما ذكره البيهقي ، وهذه الثانية هي أيضا مرفوعة ، لأن قول الصحابي أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا أو أحل لنا كذا أو حرم علينـا كذا ، كله مرفوع إلى النبي ﷺ وهو بمنزلة قوله (قال رسول الله ﷺ) وهذه قاعدة معروفة ، وسبق بيانها مرات والله تعالى أعلم .

---

(١) من الآية ٣ من سورة المـائدة .

(٢) سليمان بن بلال التيمي مولاهم ابو محمد وابو ايوب المدني ثقة من الثامنة .

وهذا الحديث عام ، والآية الكريمة التى احتج بها مالك مخصوصة بما ذكرناه والله أعلم .

وأما حديث سليمان التيمى عن أبى عثمان النهدى عن سلمان الفارسى رضى الله عنه ، قال : (سئل رسول الله ﷺ عن الجراد فقال : أكثر جنود الله ، لا آكله ولا أحرمه) فرواه أبو داود وغيره — هكذا بإسناد صحيح ، قال أبو داود : ورواه المعتمر بن سليمان عن أبيه عن أبى عثمان عن النبى ﷺ مرسلا ، قال البيهقى : وكذا رواه محمد بن عبد الله الأنصارى عن سليمان التيمى . قلت : ولا يضر كونه روى مرسلا ومتصلا ، لأن الذى وصله ثقة وزيادة الثقة مقبولة ، قال البيهقى وأصحابنا : إن صح هذا الحديث كان دليلا على إباحة الجراد أيضا ، لأنه إذا لم يحرمه فقد أحله ، وإنما لم يأكله تقذرا كما قال فى الضب ، والله أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا تحريم كل ذى ناب من السباع مما يعدو على الحيوان كالأسد والذئب والنمر والفهد والدب ، وكذا ماله مخلب من الطير كالبازى والشاهين والعقاب ونحوها وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود . قال مالك : يكره ولا يحرم ، دليلنا الأحاديث السابقة . فإن احتجوا بقوله تعالى : (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه)[1] الآية فقد سبق جوابها فى مسألة تحريم السباع .

(فرع) قد ذكرنا مذهبنا فى غراب الزرع والغداف ، وقال بإباحتهما مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما سوى ذلك من الدواب والطيور ينظر فيه ، فإن كان مما يستطيبه العرب حل اكله ، وإن كان مما لا يستطيبه العرب لم يحل اكله

(١) الآية ١٤٥ من سورة الأنعام .

لقوله عز وجل : (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث[1]) ويرجع في ذلك إلى العرب من اهل الريف والقرى وذوى اليسار والغني دون الأجلاف من اهل البادية والفقراء واهل الضرورة ، فإن استطاب قوم شيئا واستخبثه قوم رجع إلى ما عليه الأكثر ، فإن اتفق في بلاد العجم ما لا يعرفه العرب نظر إلى ما يشبهه فإن كان حلالا حل وإن كان حراما حرم ، وإن لم يكن له شبيه فيما يحل ولا فيما يحرم ففيه وجهان (قال) ابو إسحق وابو علي الطبرى يحل لقوله عز وجل (قل لا اجد فيما اوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا ان يكون ميتة او دما مسفوحا أو لحم خنزير)[2] وهذا ليس بواحد منها .

(وقال) ابن عباس رضى الله عنه ما سكت عنه فهو عفو (ومن) اصحابنا من قال : لا يحل اكله ، لأن الأصل في الحيوان التحريم ، فإذا اشكل بقى على اصله) .

(الشرح) هذا المذكور عن ابن عباس رواه أبو داود عنه هكذا بإسناد حسن ، ورواه البيهقى مرفوعا عن سلمان الفارسى . وعن أبي الدرداء عن النبي ﷺ قال : (الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو من عفوه) قال أصحابنا : من الأصول المعتبرة في هذا الباب الاستطابة والاستخباث ، ورواه الشافعي رحمه الله الأصل الأعظم الأعم[3] ولهذا أفسح الباب والمعتمد فيه قوله تعالى : (ويحل[1] لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) وقوله تعالى : (يسألونك

---

(1) من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف .

(2) الآية ١٤٥ من سورة الانعام .

(3) كذا بالأصل وأقول الذى رواه البيهقى في كتاب احكام القرآن للشافعي باسناده عن الشافعي قال : واهل التفسير او من سمعت منهم يقول في قوله تعالى : (قل لا أجد فيما اوحى الى محرما يعنى مما كنتم تأكلون ، فان العرب قد كانت تحرم اشياء على انها من الخبائث وتحل اشياء على انها من الطيبات فاحلت لهم الطيبات عندهم الا ما استثنى منها وحرمت عليهم الخبائث) وفي مختصر المزنى نحوه وفي الأم ص ٢١٧ وفي السنن الكبرى نحو هذا الذى سقناه وهذا يلقى ضوءا على عبارة الشارح من اعتبار الشافعي للأصل الأعظم الأعم والمعتمد فيه وهو قوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) . (ط)

ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات)[1] قال أصحابنا وغيرهم : وليس المراد بالطيب هنا الحلال ، لأنه لو كان المراد الحلال لكان تقديره أحل لكم الحلال ، وليس فيه بيان ، وإنما المراد بالطيبات ما يستطيبه العرب ، وبالخبائث ما تستخبثه .

قال أصحابنا : ولا يرجع فى ذلك إلى طبقات الناس ، وينزل كل قوم على ما يستطيبونه أو يستخبثونه ، لأنه يؤدى إلى اختلاف الأحكام فى الحلال والحرام واضطرابها ، وذلك يخالف قواعد الشرع ، قالوا : فيجب اعتبار العرب ، فهم أولى الأمم بأن يؤخذ باستطيابهم واستخباثهم لأنهم المخاطبون أولا ، وهم جيل معتدل لا يغلب فيهم الانهماك على المستقذرات ولا العفافة المتولدة من التنعم فيضيقوا المطاعم على الناس .

قالوا : وإنما يرجع إلى العرب الذين هم سكان القرى والريف دون أجلاف البوادى الذين يأكلون مادب ودرج من غير تمييز وتغيير عادة أهل اليسار والثروة دون المحتاجين ، وتغيير حالة الخصب والرفاهية دون الجدب والشدة قال الرافعى : وذكر جماعة أن الاعتبار بعادة العرب الذين كانوا فى عهد رسول الله ﷺ لأن الخطاب لهم ، قال : ويشبه أن يقال : يرجع فى كل زمان إلى العرب الموجودين فيه ، قال أصحابنا : فإن استطابته العرب أو سمته باسم حيوان حلال فهو حلال ، وإن استخبثته أو سمته باسم محرم فمحرم ، فإن استطابته طائفة واستخبثته أخرى اتبعنا الأكثرين فإن استويا قال الماوردى وأبو الحسن العبادى : يتبع قريش لأنهم قطب العرب ، فإن اختلفت قريش ولا ترجيح أو شكوا ولم يحكموا بشىء أو لم نجدهم ولا غيرهم من العرب ، اعتبرناه بأقرب الحيوان به شبها والشبه تارة يكون فى الصورة وتارة فى طبع الحيوان من الصيالة والعدوان ، وتارة فى طعم اللحم ، فإن استوى الشبهان أو لم نجد ما يشبهه فوجهان

---

(١) من الآية ٤ من سورة المائدة .

مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الحل قال إمام الحرمين : وإليه ميل الشافعي (والثاني) التحريم .

قال أصحابنا : وإنما يراجع العرب في حيوان لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم ولا أمر بقتله ولا نهي عن قتله ، فإن وجد شيء من هذه الأصول اعتمدناه ولم نراجعهم ، قطعا ، فمن ذلك الحشرات وغيرها مما سبق والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا وجدنا حيوانا لا معرفة لحكمه من كتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ، ولا استطابة ولا استخباث ولا غير ذلك من الأصول المعتمدة ، وثبت تحريمه في شرع من قبلنا ، فهل يستصحب تحريمه ؟ فيه قولان (الأصح) لا يستصحب ، وهو مقتضى كلام جمهور الأصحاب . وهو مقتضى المختار عند أصحابنا في أصول الفقه ، فإن استصحبناه فشرطه أن يثبت تحريمه في شرعهم بالكتاب أو السنة أو يشهد به عدلان أسلما منهم بعرفان المبدل من غيره ، قال الماوردي : فعلى هذا لو اختلفوا اعتبر حكمه في أقرب الشرائع إلى الإسلام وهي النصرانية ، وإن اختلفوا عاد الوجهان عند تعارض الأشباه (أصحهما) الحل ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يحل ما تولد بين مأكول وغير مأكول كالسمع المتولد بين الذئب والضبع والحمار المتولد بين حمار الوحش وحمار الأهل لأنه مخلوق مما يؤكل ومما لا يؤكل فغلب فيه الحظر كالبغل) .

(الشرح) السمع ــ بكسر السين وإسكان الميم ــ قال الشافعي والأصحاب يحرم السمع والبغل وسائر ما يولد من مأكول وغير مأكول . سواء كان المأكول الذكر أو الأنثى ، لما ذكره المصنف . والزرافة ــ بفتح الزاي وضمها ــ حرام بلا خلاف ، وعدها بعضهم من المتولد بين

مأكول وغير مأكول • ولو تولد من فرس وأتان وحشيه أو بين ثلاثة من الجنسين المـأكولين كان حلالا ، نص عليه الشافعي والله سبحانه أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويكره اكل الجلالة ، وهي التى أكثر أكلها العذرة من ناقة أو بقرة او شاة او ديك أو دجاجة ، لـمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبى ﷺ نهى عن ألبان الجلالة » ولا يحرم أكلها لأنه ليس فيه أكثر من تغير لحمها وهذا لا يوجب التحريم ، فإن أطعم الجلالة طعاما طاهرا وطـاب لحمها لم يكره ، لـمـا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : (تعلف الجلالة علفا طاهرا إن كانت ناقة أربعين يوما ، وإن كانت شاة سبعة أيام ، وإن كانت دجاجة فثلاثة ايام) •

(الشرح) حـديث ابن عبـاس صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، قال أصحابنا : الجلالة هى التى تأكل العذرة والنجاسـات ، وتكون من الإبل والبقر والغنم والدجاج ، وقيل : إن كان أكثر أكلها النجاسة فهى جلالة ، وإن كان الطاهر أكثر فلا ، والصحيح الذى عليـه الجمهور أنه لا اعتبار بالكثرة ، وإنما الاعتبار بالرائحة والنتن فإن وجد فى عرفهـا وغيره ريح النجاسة فجلالة ، وإلا فلا ، وإذا تغير لحم الجلالة فهو مكروه بلا خلاف ، وهل هى كراهة تنزيه أو تحريم فيه وجهان مشهوران فى طريقة الخراسانيين (أصحهما) عند الجمهور وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين وصححه الرويانى وغيره من المعتمدين ، أنه كراهة تنزيه قال الرافعى : صححه الأكثرون (والثـانى) كراهة تحريم قاله أبو إسـحاق المروزى والقفال وصححه الإمام والغزالى والبغوى ، وقيل : هذا الخلاف فيمـا إذا وجدت رائحة النجاسة بتمامها أو قربت الرائحة من الرائحة فإن قلت الرائحة الموجودة لم تضر قطعا •

قال أصحابنا : ولو حبست بعد ظهور النتن وعلفت شيئا طاهرا فزالت

الرائحة ثم ذبحت ، فلا كراهة فيها قطعا ، قال أصحابنا : وليس للقدر الذى تعلفه من حد ولا لزمانه من ضبط ، وإنما الاعتبار بما يعلم فى العادة أو يظن أن رائحة النجاسة تزول به ، ولو لم تعلف لم يزل المنع بغسل اللحم بعد الذبح ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة به ، ولو زالت بمرور الزمان ، قال البغوى : لا يزول المنع ، وقال غيره : يزول قال أصحابنا : وكما منع لحمها يمنع لبنها وبيضها ، للحديث الصحيح فى لبنها ، قال أصحابنا : ويكره الركوب عليها إذا لم يكن بينها وبين الراكب حائل ، قال الصيدلانى وغيره : إذا حرمنا لحمها فهو نجس ،[1] ويطهر جلدها بالدباغ ، وهذا يقتضى نجاسة الجلد أيضا ، قال الرافعى : وهو نجس إن ظهرت الرائحة فيه ، وكذا إن لم تظهر على أصح الوجهين كاللحم ، قال أصحابنا : وظهور النتن ــ وإن حرمنا اللحم ونجسناه ــ فلا نجعله موجبا لنجاسة الحيوان فى حياته ، فإنا لو نجسناه صار كالكلب لا يطهر جلده بالدباغ ، بل إذا حكمنا بتحريم اللحم كان الحيوان كما لا يؤكل لحمه ، فلا يطهر جلده ويطهر بالدباغ ، والله أعلم .

(فرع) السخلة المرباة بلبن الكلبة لها حكم الجلالة المعتبرة ، ففيها وجهان (أصحهما) يحل أكلها (والثانى) لا يحل ، وسبق بيانهما فى أول هذا الباب ، قال أصحابنا : ولا يحرم الزرع المزبل ، وإن كثر الزبل فى أصله ، لا ما يسقى من الثمار والزروع ماء نجسا ، وقد سبق فى باب إزالة النجاسة بيان هذا مع نظائره .

(فرع) لو عجن دقيق بماء نجس وخبزه فهو نجس يحرم أكله ويجوز أن يطعمه لشاة أو بعير أو بقرة ونحوها ، نص عليه الشافعى رحمه الله ، ونقله عن نصه البيهقى فى كتاب السنن الكبير فى باب نجاسة

---

(١) هكذا وردت فى جميع الأصول والصواب (ولا يطهر جلدها بالدباغ) وذلك لقاعدة ان ما يحرم لحمه ويكون نجس العين فانه لا يطهر بالدباغ ما عدا الميتة لمأكول اللحم ؟ ، والله تعالى أعلم . (ط)

المـاء الدائم ، واستدل البيهقى بالحديث المشهور وفى فتاوى صـاحب الشامل أنه يكره إطعام الحيوان المـأكول نجاسة ؛ وهذا لا يخالف نص الشافعى فى الطعام ، لأنه ليس بنجس العين ، ومراد صاحب الشامل نجس العين ، ولا يجوز إطعام الطعام المعجون بماء نجس لصعلوك وسـائل وغيرهما من الآدميين بلا خلاف لأنه منهى عن أكل المتنجس بخلاف الشاة والبعير ونحوهما ، وقال ابن الصباغ فى الفتاوى : ولا يكره أكل البيض المصلوق بماء نجس كما لا يكره الوضوء بماء سخن بالنجاسة ، والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الجلالة .

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا تغير لحمهـا كرهت كراهة تنزيه على الأصح ، ولا تحرم ، سواء لحمها ولبنها وبيضها ، وبه قال الحسن البصرى ومالك وداود ، وكذا لا يحرم ما سقى من الثمار والزروع ماء نجسا . وقال أحمد : يحرم لحم الجلالة ولبنها حتى تحبس وتعلف أربعين يوما ، قال : ويحرم الثمار والزروع والبقول المسقية ماء نجسا والله أعلم .

واحتج أصحابنا لعدم التحريم أن ما تأكله الدابة من الطـاهرات يتنجس إذا حصل فى كرشها ، ولا يكون غذاؤها إلا بالنجاسة ، ولا يؤثر ذلك فى إباحة لحمها ولبنها وبيضها ، ولأن النجاسة التى تأكلهـا تنزل فى مجارى الطعام ولا تخالط اللحم ، وإنما ينتشى اللحم بها ، وذلك لا يوجب التحريم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(واما حيوان البحر فإنه يحل منه السمك ، لمـا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه قال : (أحلت لنا ميتتان ودمان فاما الميتتان فالحوت [1] والجراد واما الدمان فالكبد والطحال) ولا يحل أكل الضفدع ، لمـا روى عن النبى ﷺ (نهى عن قتل الضفدع) ولو حل أكله لم ينه عن قتله ، وفيما

(١) فى بعض النسخ (فالسمك) . (ط)

سوى ذلك وجهان (احدهما) يحل لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال فى البحر : (اغتسلوا منه وتوضأوا به فإنه الطهور ماؤه الحل ميتته) ولأنه حيوان لا يعيش إلا فى المـاء فحل اكله كالسمك (والثانى) [ان] ما أكل مثله فى البر حل أكله ، وما لا يؤكل مثله فى البر لم يحل أكله اعتبارا بمثله) .

(الشرح) أما الأثر عن ابن عمر فصحيح سبق بيانه قريبا فى فرع مذاهب العلماء فى أكل الجراد (وأما) حديث النهى عن قتل الضفدع فرواه أبو داود بإسناد حسن والنسائى بإسناد صحيح من رواية عبد الرحمن بن عثمان بن عبيد الله التيمى الصحابى وهو ابن أخى طلحة بن عبيد الله . قال : « سأل طبيب النبى ﷺ عن ضفدع يجعلها فى دواء فنهاه عن قتلها » (وأما) حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى البحر فصحيح ولفظه : (سئل النبى ﷺ عن الوضوء بماء البحر فقال : هو الطهور ماؤه الحل ميتته) وقد سبق بيانه واضحا فى أول كتاب الطهـارة والطحال ــ بكسر الطـاء ــ والضفدع ــ بكسر الضاد وبكسر الدال وفتحها ــ لغتان مشهورتان الكسر أفصح عند أهل اللغة ، وأنكر جماعة منهم الفتح (قوله) حيوان لا يعيش إلا فى المـاء احتراز من السباع ونحوها .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الحيوان الذى لا يهلكه المـاء ضربان (أحدهما) ما يعيش فى المـاء ، وإذا خرج منه كان عيشه عيش المذبوح ، كالسمك بأنواعه فهو حلال ، ولا حاجة إلى ذبحه بلا خلاف ، بل يحل مطلقا سواء مات بسبب ظاهر كضغطة أو صدمة حجر أو انحسار ماء أو ضرب من الصياد أو غيره . أو مات حتف أنفه سواء طفا على وجه المـاء أم لا ، وكله حلال بلا خلاف عندنا ، وأما ما ليس على صـورة السموك المشهورة ففيه ثلاثة أوجه مشهورة ذكرها المصنف فى التنبيه وقال القاضى أبو الطيب وغيره : فيه ثلاثة أقوال (أصحها) عند الأصحاب يحل

الجميع وهو المنصوص للشافعي في الأم ومختصر المزني ، واختلاف العراقيين لأن الصحيح أن اسم السمك يقع على جميعها ، وقد قال الله تعالى : (أحل لكم صيد البحر وطعامه) قال ابن عباس وغيره : صيده ما صيد ، وطعامه ما قذف ، ولقوله ﷺ في الحديث الصحيح (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) .

(والوجه الثاني) يحرم وهو مذهب أبي حنيفة (الثالث) ما يؤكل نظيره في البر كالبقر والشاة وغيرهما فحلال ، وما لا يؤكل كخنزير الماء وكلبه فحرام فعلى هذا ما لا نظير له حلال لما ذكرناه في دليل الأصح وعلى هذا الثالث لا يحل ما أشبه الحمار ، وإن كان في البر حمار الوحش المأكول ، صرح به ابن الصباغ والبغوي وغيرهما .

وقال أصحابنا : وإذا أبحنا الجميع فهل تشترط الذكاة أم تحل ميتته ؟ فيه وجهان حكاهما البغوي وغيره ، ويقال قولان (أصحهما) يحل ميتته (الضرب الثاني) ما يعيش في الماء وفي البر أيضا فمنه طير الماء كالبط والأوز ونحوهما ، وهو حلال كما سبق ، ولا يحل ميتته بلا خلاف بل تشترط ذكاته ، وعد الشيخ أبو حامد وإمام الحرمين من هذا الضرب الضفدع والسرطان وهما محرمان على المذهب الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور وفيهما قول ضعيف أنها حلال ، وحكاه البغوي في السرطان عن الحليمي ، وذوات السموم كالحية وغيرها حرام بلا خلاف .

(وأما) التمساح فحرام على الصحيح المشهور وبه قطع المصنف في التنبيه والأكثرون ، وفيه وجه (وأما) السلحفاة فحرام على أصح الوجهين قال الرافعي : واستثنى جماعة الضفدع من الحيوان الذي لا يعيش إلا في الماء ، تفريعا على الصحيح وهو حل الجميع ، وكذا استثنوا الحيات والعقارب ، قال : ومقتضى هذا الاستثناء أنها لا تعيش إلا في الماء ، قال : ويمكن أن يكون نوع منها كذا ونوع كذا ، قال : واستثنى القاضي

أبو الطيب النسناس أيضا فجعله حراما ، ووافقه الشيخ أبو حامد ، وخالفهما الرويانى وغيره فأباحوه (قلت) الصحيح المعتمد أن جميع ما فى البحر تحل ميتته إلا الضفدع ، ويحمل ما ذكره الأصحاب أو بعضهم من السلحفاة والحية والنسناس على ما يكون فى ماء غير البحر ، والله تعالى أعلم •

(فرع) قال الرافعى : أطلق مطلقون القول بحل طير الماء وكلها حلال إلا اللقلق ففيه خلاف سبق قال وقال الصيمرى : لا يؤكل طير الماء الأبيض لخبث لحمه والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا حل جميع ميتات البحر إلا الضفدع ، وحكاه العبدرى عن أبى بكر الصديق وعمر وعثمان وابن عباس رضى الله عنهم قال : وقال مالك : يحل الجميع سواء الضفدع وغيره ، وقال أبو حنيفة : لا يحل غير السمك •

(فرع) السمك الطافى حلال وهو الذى مات حتف أنفه ، فيحل عندنا كل ميتات البحر غير الضفدع ، سواء ما مات بسبب وغيره ، وبه قال مالك وأحمد وأبو داود وحكاه الخطابى عن أبى بكر الصديق وأبى أيوب الأنصارى وعطاء بن أبى رباح ومكحول والنخعى وأبى ثور رضى الله عنهم وقال أبو حنيفة : إن مات بسبب كضرب وانحسار الماء عنه حل • وإن مات بلا سبب حرم • وإن مات بسبب حر الماء أو برده ففيه روايتان عنه ، والمسئلة مشهورة فى كتب المذهب ، والخلاف بمسئلة السمك الطافى ، وممن قال بمنع السمك الطافى ابن عباس وجابر بن عبد الله وجابر ابن زيد وطاوس • واحتج لهم بحديث جابر قال : قال رسول الله ﷺ : (ما ألقاه البحر أو جزر عنه فكلوه ، وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه) رواه أبو داود •

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (أحل لكم صيد البحر وطعامه) قال ابن عباس وغيره : صيده ما صدتموه ، وطعامه ما قذف ، وبعموم قوله ﷺ (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) وهو حديث صحيح كما سبق بيانه ، وبحديث جابر بن عبد الله قال : (بعثنى النبى ﷺ فى ثلاثمائة راكب وأميرنا أبو عبيدة بن الجراح يطلب خبر قريش ، فأقمنا على الساحل حتى فنى زادنا ، فأكلنا الخبط ، ثم إن البحر ألقى إلينا دابة يقال لها العنبر ، فأكلنا منه نصف شهر حتى صلحت أجسامنا) رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عمر قال (غزونا فجعنا حتى إن الجيش ليقسم التمرة والتمرتين ، فبينا نحن على شط البحر إذا رمى البحر بحوت ميت ، فاقتطع الناس منه ما شاءوا من لحم وشحم وهو مثل الطرب ، فبلغنى أن الناس لما قدموا على رسول الله ﷺ أخبروه فقال لهم : أمعكم منه شىء ؟) رواه البيهقى بإسناد صحيح .

وعن ابن عباس قال : (أشهد على أبى بكر رضى الله عنه أنه قال : السمكة الطافية فيه حلال لمن أراد أكلها) رواه البيهقى بإسناد صحيح وروى البيهقى بإسناده عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن على بن أبى طالب قالا : (الجراد والنون[1] زكى كله) وعن أبى أيوب وأبى صرمة الأنصاريين (أنهما أكلا السمك الطافى) وعن ابن عباس قال : (لا بأس بالسمك الطافى) وعن أبى هريرة وزيد بن ثابت (أنهما كانا لا يريان بأكل ما لفظ البحر بأسا) وعن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص مثله ، روى البيهقى هذا كله بأسانيده المتصلة .

(وأما) الجواب عن حديث جابر الذى احتج به الأولون فهو أنه حديث ضعيف باتفاق الحفاظ ، لا يجوز الاحتجاج به لو لم يعارضه شىء

---

(١) النون : الحوت .

فكيف وهو معارض بما ذكرناه من دلائل الكتاب والسنة ؟ وأقاويل الصحابة رضي الله عنهم المنتشرة ؟ وهذا الحديث من رواية يحيى بن سليم الطائفي عن إسماعيل بن أمية عن أبي الزبير عن جابر ، قال البيهقي : يحيى بن سليم الطائفي كثير الوهم سيىء الحفظ ، قال : وقد رواه غيره عن إسماعيل بن أمية موقوفا على جابر ، قال : وقال الترمذي : سألت البخاري عن هذا الحديث فقال ليس هو بمحفوظ ، قال : ويروى عن جابر خلافه ، قال : ولا أعرف لأثر ابن أمية عن أبي الزبير شيئا ، قال البيهقي : وقد رواه أيضا يحيى بن أبي أنيسة عن أبي الزبير مرفوعا ، ويحيى بن أبي أنيسة متروك لا يحتج به ، قال ورواه عبد العزيز بن عبيد الله عن وهب ابن كيسان عن جابر مرفوعا وعبد العزيز ضعيف لا يحتج به ، قال : ورواه بقية بن الوليد عن الأوزاعي عن أبي الزبير عن جابر مرفوعا ، ولا يحتج بما ينفرد به بقية فكيف بما يخالف قال : وقول الجماعة من الصحابة على خلاف قول جابر مع ما رويناه عن النبي ﷺ أنه قال في البحر (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما غير الحيوان فضربان طاهر ونجس (فاما) النجس فلا يؤكل لقوله تعالى : (ويحرم عليهم الخبائث)[1] والنجس خبيث ، وروى أن النبي ﷺ قال في الفارة تقع في السمن (إن كان جامدا فالقوها وما حولها ، وإن كان مائعا فاريقوه) فلو حل اكله لم يامر بإراقته (واما) الطاهر فضربان (ضرب) يضر (وضرب) لا يضر ، فما يضر لا يحل اكله كالسم والزجاج والتراب والحجر ، والدليل عليه قوله تعالى : (ولا تقتلوا[2] انفسكم) وقوله تعالى : (ولا تلقوا بايديكم إلى التهلكة)[3] واكل هذه الأشياء تهلكة ، فوجب ان لا يحل ، وما لا يضر يحل اكله كالفواكه والحبوب ، والدليل عليه قوله تعالى : (قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده والطيبات من الرزق ؟)[4]

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف .
(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء .
(٣) من الآية ١٩٥ من سورة البقرة .
(٤) الآية ٣٢ من سورة الأعراف .

(الشرح) أما حديث فأرة السمن فبعضه فى الصحيح وبعضه فى غيره فعن ابن عباس عن ميمونة (أن رسول الله ﷺ سئل عن فأرة سقطت فى سمن فماتت ، فقال النبى ﷺ خذوها وما حولها وكلوا سمنكم) رواه البخارى وفى رواية له (ألقوها وما حولها وكلوه) وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : (إذا وقعت الفأرة فى السمن فإن كان جامدا فألقوها وما حولها وإن كان مائعا فلا تقربوه) رواه أبو داود بإسناد صحيح ولم يضعفه وذكره الترمذى بإسناد أبى داود ثم قال : وهذا حديث غير محفوظ ، قال سمعت البخارى يقول هو خطأ ، قال : والصحيح حديث ابن عباس عن ميمونة وذكره البيهقى من رواية أبى داود ولم يضعفه ، فهو وأبو داود متفقان على السكوت عليه ، مع صحة إسناده ، قال الخطابى وروى فى بعض الأخبار (وإن كان مائعا فأريقوه) •

(وأما) السم والزجاج ففيهما ثلاث لغات ـ فتح السين والزاى وضمهما وكسرهما والفصيح فتح السين وضم الزاى •

(اما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) قال أصحابنا يحرم أكل نجس العين ، كالميتة ولبن الأتان والبول وغير ذلك ، وكذا يحرم أكل المتنجس كاللبن والخل والدبس والطبيخ والدهن وغيرها إذا تنجست ، وهذا لا خلاف فيه ، وقد سبق فى باب إزالة النجاسة وجه ضعيف أن الدهن يطهر بالغسل ، فعلى هذا الوجه إذا غسل طهر وحل أكله ودليل المسألة ما ذكره المصنف •

واعلم أنه يستثنى من قولهم : لا يحل أكل شىء نجس مسألة وهى الدود المتولد من الفواكه والجبن والخل والباقلا ونحوها ، فإنه إذا مات فيما تولد منه نجس بالموت على المذهب ، وفى حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه (أصحها) يحل أكله مع ما تولد منه لا منفردا (والثانى) يحل مطلقا

(والثالث) يحرم مطلقا ، فعلى الصحيح يكون نجسا لا ضرر فى أكله ؛ ويحل أكله معه ، فيحتاج إلى استثنائه والله سبحانه أعلم . ولو تنجس فمه حرم عليه الأكل والشرب قبل غسله ، لأن ما يصل إليه ينجس فيكون أكل نجاسة ، وينبغى أن يبالغ فى غسله ، وقد سبقت هذه المسألة فى آخر باب إزالة النجاسة .

(الثانية) لا يحل أكل ما فيه ضرر من الطاهرات كالسم القاتل والزجاج والتراب الذى يؤذى البدن ، وهذا هو الذى يأكله بعض النساء وبعض السفهاء ، وكذلك الحجر الذى يضر أكله ، وما أشبه ذلك ، ودليله فى الكتاب ، قال إبراهيم المروذى : وردت أخبار فى النهى عن أكل الطين ، ولم يثبت شىء منها ، قال : وينبغى أن نحكم بالتحريم إن ظهرت المضرة فيه ، وقد جزم المصنف وآخرون بتحريم أكل التراب ، وجزم به القاضى حسين فى باب الربا ، قال أصحابنا : ويجوز شرب دواء فيه قليل سم إذا كان الغالب منه السلامة واحتيج إليه ، قال إمام الحرمين : ولو تصور شخص لا يضره أكل السموم الطاهرة لم يحرم عليه إذ لا ضرر ، قال الرويانى : والنبات الذى يسكر وليس فيه شدة مطربة يحرم أكله ، ولا حد على آكله . قال : ويجوز استعماله فى الدواء ، وإن أفضى إلى السكر ما لم يكن منه بد ، قال : وما يسكر مع غيره ولا يسكر بنفسه إن لم ينتفع به فى دواء وغيره فهو حرام ، وإن كان ينتفع به فى التداوى حل التداوى به والله أعلم .

(الثالثة) كل طاهر لا ضرر فيه فهو حلال إلا ثلاثة أنواع ، وذلك كالخبز والماء واللبن والفواكه والحبوب واللحوم الطاهرة وغير ذلك ؛ لما ذكره المصنف والإجماع (وأما) الأنواع الثلاثة المستثناة (فأحدها) المستقذرات كالمخاط والمنى ونحوهما وهى محرمة على الصحيح المشهور ، وفيه وجه ضعيف حكاه إمام الحرمين وغيره أنها حلال ، وممن قال به فى

المنى أبو زيد المروذى وحكم العرق حكم المنى والمخاط ، وقد جزم الشيخ أبو حامد فى تعليقه عقب كتاب السلم فى مسألة بيع لبن الآدميات بأنه يحرم شرب العرق (الثانى) الحيوان الصغير كصغار العصافير ونحوها يحرم ابتلاعه حيا بلا خلاف ، لأنه لا يحل إلا بزكاة ، هذا فى غير السمك والجراد (أما) السمك والجراد فيحل ابتلاعهما فى الحياة على أصح الوجهين (الثالث) جلد الميتة المدبوغ فى أكله ثلاثة أقوال أو أوجه سبقت فى باب الآنية (أصحها) أنه حرام (والثانى) حلال (والثالث) إن كان جلد حيوان مأكول فحلال وإلا فلا . وهذه الثلاثة ترد على المصنف حيث لم يستثنها والله سبحانه أعلم .

(فرع) قال الخطابى : اختلف العلماء فى الزيت إذا وقعت فيه نجاسة ، فقال جماعة من أصحاب الحديث : لا يجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه لقوله ﷺ (فلا تقربوه) وقال أبو حنيفة : هو نجس لا يجوز أكله ولا شربه ، ويجوز الاستصباح به وبيعه . وقال الشافعى : لا يجوز أكله لا بيعه ، ويجوز الاستصباح به . وقال داود : إن كان هذا سمناً لم يجز بيعه ولا أكله وشربه ، وإن كان زيتا لم يحرم أكله ولا بيعه ، وزعم أن الحديث مختص بالسمن ، وهو لا يقاس والله أعلم . هذا كلام الخطابى ، وقد سبق فى باب ما يكره لبسه ، وأن المذهب الصحيح جواز الاستصباح بالدهن النجس والمتنجس ، سواء ودك [1] الميتة وغيره ، وسبقت هناك مذاهب العلماء فى الانتفاع بالنجاسات ، والله أعلم .

(فرع) وقعت فأرة ميتة أو غيرها من النجاسات فى سمن أو زيت أو دبس أو عجين أو طبيخ أو غير ذلك ، قال أصحابنا : حكمه ما فى الحديث الذى ذكره المصنف أنه إن كان مائعا نجسته ، وإن كان جامدا ألقيت النجاسة وما حولها ، وبقى الباقى طاهرا ، قالوا : وضابط الجامد

---

(١) الودك : الدسم .

أنه إذا أخذت منه قطعة لم يراد إلى موضعها منه على القرب ما يملؤها فإن تراد فمائع ، وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة فى مسألة ولوغ الكلب والله أعلم .

(فرع) قال العبدرى : لو نصب قدرا على النار وفيها لحم فوقع فيها طائر فمات ، فأخرج الطائر ، صار ما فى القدر نجسا فيراق المرق ولا يجوز أكل اللحم إلا بعد غسله . هذا مذهبنا ، وبه قال ابن عباس وعن مالك روايتان (إحداهما) كمذهبنا (وأصحهما) عنه أنه يراق المرق ويرمى اللحم فلا يؤكل ، والله أعلم .

(فرع) قال الغزالى فى إحياء علوم الدين ، فى أول كتاب الحلال والحرام : لو وقعت ذبابة أو نحلة فى قدر طبيخ وتهرأت أجزاؤها فيه ، لم يحرم أكل ذلك الطبيخ ، لأن تحريم أكل الذباب والنمل ونحوه إنما كان للاستقذار ، ولا يعد هذا مستقذرا قال : ولو وقع فيه جزء من لحم آدمى ميت لم يحل أكل شىء من ذلك الطبيخ ، حتى لو كان لحم الآدمى وزن دانق حرام الطبيخ ، لا لنجاسته ، فإن الآدمى الميت طاهر على الصحيح ؛ ولكن لأن أكل الآدمى حرام لحرمته لا لاستقذاره ، بخلاف الذباب ، هذا كلام الغزالى ، والمختار الصحيح أنه لا يحرم الطبيخ فى مسألة لحم الآدمى ، لأنه صار مستهلكا فهو كالبول وغيره إذا وقع فى قلتين من الماء فإنه يجوز استعمال جميعه ما لم يتغير ، لأن البول صار باستهلاكه كالمعدوم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

ومن اضطر إلى اكل الميتة او لحم الخنزير فله ان ياكل منه ما يسد به الرمق ، لقوله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) [1] وهل

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة .

يجب اكله ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب لقوله تعالى : (ولا تقتلوا انفسكم)[1] (والثانى) لا يجب ، وهو قول أبى إسحق لأن له غرضا فى تركه ، وهو ان يجتنب ما حرم عليه ، وهل يجوز أن يشبع منه ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجوز وهو اختيار المزنى ، لأنه بعد سد الرمق غير مضطر ، فلا يجوز له اكل الميتة ، كما لو اراد أن يبتدىء بالاكل وهو غير مضطر (والثانى) يحل ، لأن كل طعام جاز ان ياكل منه قدر سد الرمق جاز له ان يشبع منه ، كالطعام الحلال . وإن اضطر إلى طعام غيره وصاحبه غير مضطر إليه وجب عليه بذله ، لأن الامتناع من بذله إعانة على قتله ، وقد قال النبى ﷺ : (من أعان على قتل امرىء مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله) وإن طلب منه ثمن المثل لزمه ان يشتريه منه ، ولا يجوز ان ياكل الميتة لأنه غير مضطر ، فإن طلب أكثر من ثمن المثل او امتنع من بذله فله ان يقاتله عليه ، فإن لم يقدر على مقاتلته فاشترى منه بأكثر من ثمن المثل ففيه وجهان (احدهما) يلزمه لأنه ثمن فى بيع صحيح (والثانى) لا يلزمه إلا ثمن المثل كالمكره على شرائه فلم يلزمه أكثر من ثمن المثل ، وإن وجد الميتة وطعام الغير وصاحبه غائب ففيه وجهان (احدهما) أنه يأكل الطعام لأنه طاهر ، فكان اولى (والثانى) ياكل الميتة ، لأن أكل الميتة ثبت بالنص ، وطعام الغير ثبت بالاجتهاد ، فقدم اكل الميتة عليه ، ولأن المنع من اكل الميتة لحق الله سبحانه وتعالى ، والمنع من طعام الغير لحق الآدمى ، وحقوق الله تعالى مبنية على التسهيل ، وحقوق الآدمى مبنية على التشديد .

وإن وجد ميتة وصيدا وهو محرم ، ففيه طريقان (من) اصحابنا من قال : إذا قلنا : إنه إذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة اكل الميتة وترك الصيد ، لأنه إذا ذكاه صار ميتة ، ولزمه الجزاء (وإن قلنا) إنه لا يصير ميتة أكل الصيد لأنه طاهر ، ولأن تحريمه اخف لأنه يحرم عليه وحده ، والميتة محرمة عليه وعلى غيره (ومن) اصحابنا من قال : إن قلنا إنه يصير ميتة أكل الميتة ، وإن قلنا إنه لا يكون ميتة ففيه قولان (احدهما) يذبح الصيد وياكله ، لأنه طاهر ولأن تحريمه اخف على ما ذكرناه (والثانى) انه يأكل الميتة لأنه منصوص عليها ، والصيد مجتهد فيه ، وإن اضطر ووجد آدميا ميتا جاز له اكله ، لأن حرمة الحى آكد من حرمة الميت ، وإن وجد مرتدا او من وجب قتله فى الزنا جاز له ان يأكله ، لأن قتله مستحق ، وإن اضطر ولم يجد شيئا فهل يجوز له ان يقطع شيئا من بدنه وياكله ؟ فيه وجهان (قال)

---

(١) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

ابو إسحاق : يجوز لأنه إحياء نفس بعضو فجاز ، كما يجوز ان يقطع عضوا إذا وقعت فيه الآكلة لإحياء نفسه ، ومن اصحابنا من قال : لا يجوز ، لأنه إذا قطع عضوا منه كان المخافة عليه أكثر ، وإن اضطر إلى شرب الخمر او البول شرب البول ، لأن تحريم الخمر ، اغلظ ولهذا يتعلق به الحد فكان البول أولى . وإن اضطر إلى شرب الخمر وحدها ففيه ثلاثة اوجه (احدها) انه لا يجوز ان يشرب ، لما روت ام سلمة رضى الله عنها ان النبى ﷺ قال : (إن الله سبحانه وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم) (والثانى) يجوز ، لأنه يدفع به الضرر عن نفسه فصار كما لو أكره على شربها (والثالث) انه إن اضطر إلى شربها للعطش لم يجز ، لأنها تزيد فى الإلهاب والعطش وإن اضطر إليها للتداوى جاز) .

(**الشرح**) حديث (من أعان على قتل مسلم بشطر كلمة) رواه [1]

وأما حديث أم سلمة فرواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده بإسناد صحيح إلا رجلا واحدا فإنه مستور ، والأصح جواز الاحتجاج برواية المستور ، ورواه البيهقى أيضا[2] (أما) الأحكام ففيها مسائل :

(إحداها) أجمعت الأمة على أن المضطر إذا لم يجد طاهرا يجوز له أكل النجاسات كالميتة والدم ولحم الخنزير وما فى معناها ، ودليله فى الكتاب ، وفى وجوب هذا الأكل وجهان ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يجب ، وبه قطع كثيرون أو الأكثرون ، وصححه الباقون (والثانى) لا يجب ، بل هو مباح ، فإن أوجبنا الأكل فإنما يجب سد الرمق دون الشبع ، صرح به الدارمى وصاحب البيان وآخرون واتفقوا على أن المضطر إذا وجد طاهرا يملكه لزمه أكله .

(الثانية) فى حد الضرورة قال أصحابنا : لا خلاف أن الجوع القوى

---

(١) بياض بالاصل والسقط (ابن ماجه عن أبى هريرة) ورمز له فى جمع الجوامع الامام السيوطى بأبى داود والبيهقى فى السنن عن ابى هريرة والطبرانى عن ابن عباس وابن عساكر عن ابن عمر والبيهقى عن الزهرى مرسلا .

(٢) ورواه الطبرانى فى الكبير عن ام سلمة والحاكم فى المستصدر والبيهقى عن ابن مسعود موقوفا . (ط)

لا يكفى لتناول الميتة ونحوها ، قالوا : ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى الإشراف على الهلاك ، فإن الأكل حينئذ لا ينفع ، ولو انتهى إلى تلك الحال لم يحل له أكلها ، لأنه غير مفيد واتفقوا على جواز الأكل إذا خاف على نفسه لو لم يأكل من جوع أو ضعف على المشى أو عن الركوب وينقطع عن رفقته ويضيع ونحو ذلك ، فلو خاف حدوث مرض مخوف فى جسمه فهو كخوف الموت ، وإن خاف طول المرض فكذلك فى أصح الوجهين ، وقيل : إنهما قولان ، ولو عيل صبره وأجهده الجوع فهل يحل له الميتة ونحوها ؟ أم لا يحل حتى يصل إلى أدنى الرمق ؟ فيه قولان ذكرهما البغوى وغيره (أصحهما) الحل ، قال إمام الحرمين وغيره : ولا يشترط فيما يخافه تيقن وقوعه لو لم يأكل ، بل يكفى غلبة الظن ، قالوا : كما أن المكره على أكل الميتة يباح له أكلها إذا ظن وقوع ما خوف به ؛ ولا يشترط أن يعلم ذلك ، فإنه لا يطلع على الغيب ، وجملة جهات الظن مستندها الظن والله تعالى أعلم .

(الثالثة) قال أصحابنا : يباح للمضطر أن يأكل من الميتة ما يسد الرمق بلا خلاف ولا يباح له الزيادة على الشبع بلا خلاف ، وفى حل الشبع . قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، وذكر إمام الحرمين وغيره أن الأصحاب نقلوا فى المسئلة ثلاثة أقوال :

(أحدها) لا يباح الشبع ، وإنما يباح سد الرمق ، وهو أن يصير إلى حالة لو كان عليها فى الابتداء لما جاز أكل الميتة ، لأن الضرورة تزول بهذا ، والتمادى فى أكل الميتة من غير ضرورة ممتنع .

(والثانى) يباح الشبع ، قال إمام الحرمين : وليس معنى الشبع أن يمتلىء حتى لا يجد للطعام مساغا . ولكن إذا انكسرت سورة الجوع بحيث لا ينطبق عليه اسم جائع أمسك .

(والثالث) إن كان بعيدا من العمران حل الشبع وإلا فلا هكذا أطلق

الخلاف جماهير الأصحاب فى الطريقين ، ونقله إمام الحرمين هكذا عن الأصحاب ثم أنكره عليهم ، وقال : الذى يجب القطع به التفصيل ، وذكر هو والغزالى تفصيلا جاء نقله أنه إن كان فى بادية وخاف إن ترك الشبع أن لا يقطعها ويهلك ، وجب القطع بأنه يشبع ، وإن كان فى بلد وتوقع طعاما طاهرا قبل عودة الضرورة وجب القطع بالاقتصار على سد الرمق ؛ وإن كان لا يظهر حصول طعام طاهر وأمكن الحاجة إلى العود إلى أكل الميتة مرة بعد أخرى — إن لم يجد الطاهر — فهذا محل الخلاف .

وهذا التفصيل الذى ذكره الإمام والغزالى تفصيل حسن ، وهو الراجح واختلف الأصحاب فى الراجح من الخلاف فرجح أبو على الطبرى فى الإفصاح والرويانى وغيرهما حل الشبع ، ورجح القفال وكثيرون وجوب الاقتصار على سد الرمق وتحريم الشبع ، وهذا هو الصحيح والله سبحانه أعلم .

(الرابعة) قال أصحابنا : يجوز له التزود من الميتة إن لم يرج الوصول إلى طاهر فان رجاه فوجهان (أحدهما) لا يجوز وبه قطع البغوى وغيره (وأصحهما) يجوز وبه قطع القفال وغيره ، وزاد القفال فقال : يجوز حمل الميتة من غير ضرورة ، ما لم يتلوث بها .

(الخامسة) إذا جوزنا الشبع فأكل ما سد رمقه ثم وجد لقمة حلالا لم يجز أن يأكل من الميتة حتى يأكل تلك اللقمة فإذا أكلها هل له إتمام الأكل من الميتة إلى الشبع ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى عن شيخه القاضى حسين (أصحهما) له ذلك لأنه كان مباحا (والثانى) لا لأنه بوجود اللقمة عاد إلى المنع فيحتاج إلى عود الضرورة .

(فرع) لو لم يجد المضطر إلا طعام غيره وهو غائب أو ممتنع من البذل فله الأكل منه بلا خلاف ، وهل له الشبع ؟ أم يلزمه الاقتصار على

سد الرمق ؟ فيه طرق (أصحها) طرد الخلاف كالميتة (والثانى) يباح الشبع قطعا (والثالث) يحرم قطعا ، بل يقتصر على سد الرمق .

(السادسة) فى بيان جنس المباح ، قال أصحابنا : المحرم الذى يحتاج المضطر إلى تناوله ضربان مسكر وغيره (أما) المسكر فسنذكره إن شاء الله تعالى بعد انقضاء هذه المسائل ، حيث ذكره المصنف بعد هذا (وأما) غير المسكر فيباح جميعه ما لم يكن فيه إتلاف معصوم فيجوز للمضطر أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب البول وغير ذلك من النجاسات ، ويجوز له قتل الحربى والمرتد وأكلهما بلا خلاف (وأما) الزانى المحصن والمحارب وتارك الصلاة ففيهم وجهان (أصحهما) وبه قطع إمام الحرمين والمصنف والجمهور : يجوز قال الإمام : لأنا إنما منعنا من قتل هؤلاء تفويضا إلى السلطان لئلا يفتات عليه ، وهذا العذر لا يوجب التحريم عند تحقق ضرورة المضطر (وأما) إذا وجد المضطر من له عليه قصاص فله قتله قصاصا وأكله سواء حضره السلطان أم لا ، لما ذكرناه فى المسئلة قبلها صرح به البغوى وآخرون .

(وأما) نساء أهل الحرب وصبيانهم ففيهم وجهان (أحدهما) وبه قطع البغوى لا يجوز قتلهم للأكل ، لأن قتلهم حرام فأشبه الذمى (والثانى) وهو الأصح : يجوز ، وبه قال إمام الحرمين والغزالى لأنهم ليسوا معصومين ، وليس المنع من قتلهم لحرمة نفوسهم ، بل لحق الغانمين ، ولهذا لا تجب الكفارة على قاتلهم .

(وأما) الذمى والمعاهد والمستأمن فمعصومون ، فيحرم قتلهم للأكل بلا خلاف ، ولا خلاف أنه لا يجوز لوالد قتل ولده ليأكله ، ولا للسيد قتل عبده ليأكله ، وإن كان لا قصاص عليه فى قتله ، لأنه معصوم (أما) إذا لم يجد المضطر إلا آدميا ميتا معصوما ففيه طريقان (أصحهما وأشهرهما) يجوز ، وبه قطع المصنف والجمهور (والثانى) فيه وجهان

حكاهما البغوى (الصحيح) الجواز ، لأن حرمة الحى آكد (والثانى) لا ، لوجوب صيانته ، وليس بشيء ، وقال الدارمى : إن كان الميت كافرا حل أكله ، وإن كان مسلما فوجهان •

ثم إن الجمهور أطلقوا المسئلة ، قال الشيخ إبراهيم المروذى : لا إذا كان الميت نبيا فلا يجوز الأكل منه بلا خلاف ، لكمال حرمته ومزيته على غير الأنبياء ، قال الماوردى : فإن جوزنا الأكل من الآدمى الميت فلا يجوز أن نأكل منه لا ما يسد الرمق بلا خلاف حفظا للحرمتين ، قال : وليس له طبخه وشيه ، بل يأكله نيئا لأن الضرورة تندفع بذلك وفى طبخه هتك لحرمته ، فلا يجوز الإقدام عليه بخلاف سائر الميتات ، فإن للمضطر أكلها نيئة ومطبوخة ، ولو كان المضطر ذميا ووجد مسلما ففى حل أكله له وجهان حكاهما البغوى ، ولم يرجح واحدا منهما ، والقياس تحريمه لكمال شرف الإسلام ولو وجد ميتة ولحم آدمى أكل الميتة ، ولم يجز أكل الآدمى سواء كانت الميتة خنزيرا أو غيره ، ولو وجد المحرم صيدا ولحم آدمى أكل الصيد لحرمة الآدمى •

(فرع) لو أراد المضطر أن يقطع من نفسه من فخذه أو غيرها ليأكلها ، فان كان الخوف منه كالخوف فى ترك الأكل أو أشد ، حرم القطع بلا خلاف ، وصرح به إمام الحرمين وغيره ، وإلا ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) جوازه وهو قول ابن سريج وأبى إسحق المروزى (والثانى) لا يجوز ، اختاره أبو على الطبرى ، وصححه الرافعى فى المحرر ، والصحيح الأول ، وممن صححه الرافعى فى الشرح والنسخ ، وإذا جوزناه فشرطه أن لا يجد شيئا غيره ، فإن وجد حرم القطع بلا خلاف ، ولا يجوز أن يقطع لنفسه من معصوم غيره بلا خلاف ، وليس للغير أن يقطع من إعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف ، صرح به إمام الحرمين والأصحاب •

(السابعة) إذا وجد المضطر طعاما حلالا طاهرا لغيره فله حالان (أحدهما) أن يكون صاحبه حاضرا (الثانى) أن يكون غائبا ، فإن حضر نظر إن كان المالك مضطرا إليه أيضا فهو أولى به ، وليس للآخر أن يأخذه منه إذا لم يفضل عن حاجته ، إلا أن يكون غير المالك نبيا ، فانه يجب على المالك بذله له ، هكذا قالوه ، والحكم صحيح ، لكن المسألة غير متصورة فى هذه الأزمان ، وتتصور فى زمن نزول عيسى ابن مريم عليه السلام وقد تكون مسئلة علمية ، والله أعلم .

قال أصحابنا : فإن آثر المالك غيره على نفسه فقد أحسن ، قال الله تعالى : (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) [1] قالوا : وإنما يجوز أن يؤثر على نفسه مسلما [2] ، فأما الكافر فلا يؤثره حربيا كان أو ذميا وكذا لا يؤثر على نفسه بهيمة والله أعلم .

(أما) إذا لم يكن المالك مضطرا فيلزمه إطعام المضطر ، مسلما كان أو ذميا أو مستأمنا وكذا لو كان يحتاج إليه فى ثانى الحال على أصح الوجهين ، وللمضطر أن يأخذه قهرا ، وله مقاتلة المالك عليه ، فإن أتى القتال على نفس المالك فلا ضمان فيه ، وإن قتل المالك المضطر فى الدفع عن طعام لزمه القصاص ، وإن منعه الطعام فمات جوعا فلا ضمان ، قال الماوردى : ولو قيل يضمن ، لكان مذهبا ، قال أصحابنا : وفى القدر الذى يلزم المالك بذله ، ويجوز للمضطر أخذه قهرا ، والقتال عليه قولان (أصحهما) ما يسد الرمق (والثانى) قدر الشبع بناء على القولين فيما يحل له من الميتة ، وهل يجب على المضطر الأخذ قهرا والقتال ؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف فى وجوب أكل الميتة ، وأولى بأن لا يجب

---

(١) من الآية ٩ من سورة الحشر .

(٢) فى أمر التبرع بالكلية او بأجزاء من الجسم أو بالدم لاخيه المسلم لانجائه من الهلاك المحقق على ضوء ومسار هذا البحث والله أعلم .

(والأصح) هنا أنه يجب الأخذ قهرا ولا يجب القتال ، لأنه إذا لم يجب دفع الصائل فهنا أولى •

وخص البغوى الخلاف بما إذا لم يكن عليه خوف فى الأخذ قهرا ، قال فإن خاف لم يجب قطعا ، وحيث أوجبنا على المـالك بذله للمضطر ففى الحاوى وجه ضعيف أنه يلزمه بذله مجانا ، ولا يلزم المضطر شيء كما يأكل الميتة بلا شيء والمذهب أنه لا يلزمه البذل إلا بعوض ، وبهذا قطع الجمهور • وفرقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفا على الهـلاك بالوقوع فى ماء أو نار فإنه لا يثبت له أجرة المثـل بلا خلاف ، بأن هنـاك يلزمه التخليص ولا يجوز تأخيره إلى تقدير الأجرة ، وهنا بخلافه • وسـوى القاضى أبو الطيب الطبرى وغيره بينهما وقالوا : إن احتمل الحال هناك موافقة على أجرة يبذلها أو يلتزمها لم يلزم تخليصه حتى يلتزمها ، كما فى المضطر ، وإن لم يحتمل الحال التأخير فى صورة المضطر فأطعمه لم يلزمه العوض فلا فرق بينهما •

ثم إن بذل المـالك طعامه مجانا لزمه قبوله ويأكل منه حتى يشبع : وإن بذله بالعوض نظر ــ إن لم يقدر العوض ــ لزم المضطر بذله ، وهو مثله إن كان مثليا ، وإن كان متقوما لزمه قيمة ماأكل فى ذلك الزمان والمكان: وله أن يأكل حتى يشبع ، وإن قدر له العوض ــ فإن لم يفرد ما يأكله ــ فالحـكم كذلك ، وإن أفرده كان المقـدر ثمن المثل ــ فالبيع صحيح ، وللمضطر ما فضل عن الآخر ، وإن كان أكثر من ثمن المثل والتزمه ففيما يلزمه أوجه (أصحها) عند القاضى أبى الطيب يلزمه المسمى لأنه التزمه بعقد لازم (وأصحها) عند الرويانى لا يلزمه إلا ثمن المثل فى ذلك الزمان والمكان ، لأنه كالمكره (والثالث) وهو اختيار المـاوردى إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليسار لزمته ، وإلا فلا • قال أصحابنا : وينبغى للمضطر أن يحتال فى أخذه منه ببيع فاسد ليكون الواجب القيمة بلا خلاف قال

الرافعي : وقد يفهم من كلامهم القطع بصحة البيع وأن الخلاف فيما يلزمه ثمنا لكن الوجه جعل الخلاف فى صحة العقد لمعنى ، وأن المضطر هل هو مكره أم لا ؟ وفى تعليق الشيخ أبى حامد ما يبين ذلك وقد صرح به إمام الحرمين وقال : الشراء بالثمن الغالى لضرورة هل تجعله كرها حتى لا يصح الشراء ؟ فيه وجهان (أقيسهما) صحة البيع ، قال : وكذا المصادر من جهة السلطان الظالم إذا باع للضرورة فى المصادرة ودفع الأذى الذى يخافه فيه وجهان (أصحهما) صحة البيع ، لأنه إكراه على نفس البيع ، ومقصود الظالم تحصيل المال من أى جهة كان ، وبهذا قطع الشيخ إبراهيم المروذى، واحتج به لوجه لزوم المسمى فى مسئلة المضطر .

(فــرع) متى باع المضطر بثمن المثل ومع المضطر مال ، لزمه شراؤه وصرف ما معه من المال إلى الثمن حتى لو كان معه ساتر عورته لزمه صرفه إليه إن لم يخف الهلاك بالبرد ويصلى عاريا ، لأن كشف العورة أخف من آكل الميتة ، ولهذا يجوز أخذ الطعام قهرا ؛ ولا يجوز أخذ سائر العورة قهرا ، فان لم يكن معه مال لزمه التزامه فى ذمته ، سواء كان له مال فى موضع آخر أم لا ، ويلزم المالك فى هذا الحال البيع نسيئة ، قال أصحابنا : والشراء هنا واجب بلا خلاف ، ولا يجىء فيه الوجه السابق أنه لا يجب الأكل من الميتة بل يجوز ، لأن ذلك القائل يقول لا يجب ، لأن فيه مباشرة النجاسة ، وهذا مقصود فى مسئلة الطعام الطاهر .

(فــرع) ليس للمضطر الأخذ قهرا إذا بذل المالك بثمن المثل ، فإن طلب أكثر من ثمن المثل فله أن لا يقبل ، ويأخذه قهرا ويقاتله ، فإن اشتراه بالزيادة مع إمكان أخذه قهرا فهو مختار فى الزيادة فيلزمه المسمى بلا خلاف ، والخلاف السابق إنما هو فيمن عجز عن الأخذ قهرا .

(فــرع) لو أطعمه المالك ولم يصرح بالإباحة فوجهان (الأصح) أنه لا عوض عليه ؛ ويحمل على الإباحة والمسامحة المعتادة بالطعام (والثانى) .

يلزمه العوض ، وهو شبيه بالخلاف فيمن عرف بالعمل بأجرة إذا استعمله إنسان بغير شرط أجرة ، والأصح أنها لا تجب . ولو اختلفا فقال المالك : أطعمتك بعوض ، فقال المضطر : بل مجانا ، فوجهان حكاهما صاحبا العدة والبيان قولين (أصحهما) يصدق المالك ، لأنه أعرف بدفعه (والثانى) المضطر ، لأن الأصل براءته ، ولو أوجر المالك المضطر قهرا أو أوجره وهو مغمى عليه فهل يستحق القيمة عليه ؟ فيه وجهان (أصحهما) يستحق ، لأنه خلصه من الهلاك ، كمن عفا عن القصاص ، ولما فيه من التحريض على مثل ذلك .

(فرع) كما يجب بذل المال لإبقاء الآدمى المعصوم ، يجب بذله لإبقاء البهيمة المحترمة ، وإن كانت ملكا للغير ، ولا يجب البذل للحربى ولا للمرتد والكلب العقور ، ولو كان لرجل كلب مباح المنفعة جائع وشاة ، لزمه ذبح الشاة لإطعام الكلب ، قال البغوى : وله أن يأكل من لحمها لأنها ذبحت للأكل . قال القاضى حسين : ولو كان معه كلب مضطر ومع غيره شاة ليس مضطرا إليها لزمه بذلها ، فان امتنع فلصاحب الكلب قهره ومقاتلته لما سبق ، والله أعلم . (الحال الثانى) أن يكون المالك غائبا فيجوز للمضطر أكل طعامه ويغرم له بدله ، وفى وجوب الأكل والقدر المأكول ما سبق من الخلاف ، وإن كان الطعام لصبى أو مجنون والولى غائب ، فكذلك الحكم ، وإن كان حاضرا فهو فى مالهما ككامل الحال فى ماله ، قال أصحابنا : وهذه إحدى الصور التى يجوز فيها بيع مال الصبى نسيئة والله أعلم .

(المسألة الثامنة) إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير وهو غائب ، فثلاثة أوجه ، وقيل : ثلاثة أقوال (أصحها) يجب أكل الميتة (والثانى) يجب أكل الطعام ، ودليلهما فى الكتاب (والثالث) يتخير بينهما ، وأشار إمام الحرمين إلى أن هذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فى اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمى ؛ ولو كان صاحب الطعام حاضرا فان بذله بلا عوض

أو بثمن مثله ، أو بزيادة يتغابن الناس بمثلها ، ومعه ثمنه ، أو رضى بذمته ، لزمه القبول ، ولم يجز أكل الميتة ، فان لم يبعه إلا بزيادة كثيرة ، فالمذهب والذى قطع به العراقيون والطبريون وغيرهم أنه لا يلزمه شراؤه ، لكن يستحب ، وإذا لم يلزمه الشراء فهو كما إذا لم يبذله أصلا ، وإذا لم يبدله لم يقاتله عليه المضطر ، إن خاف من المقاتلة على نفسه ، أو خاف إهلاك المالك فى المقاتلة ، بل يعدل إلى الميتة ، وإن كان لا يخاف لضعف المالك وسهولة دفعه فهو على الخلاف المذكور فيما إذا كان غائبا . هذا كله تفريع على المذهب الصحيح ، وقال البغوى : يشتريه بالثمن الغالى ولا يأكل الميتة ، ثم يجىء الخلاف السابق فى أنه يلزمه المسمى ؟ أم ثمن المثل ؟ قال : وإذا لم يبذل أصلا — وقلنا : طعام الغير أولى من الميتة — يجوز أن يقاتله ويأخذه قهرا ، والله أعلم .

(التاسعة) لو اضطر محرم ولم يجد إلا صيدا فله ذبحه وأكله ، ويلزمه الفدية ، وقد سبقت المسئلة فى كتاب الحج ، وإن وجد صيدا وميتة ، فله طريقان ذكرهما المصنف والأصحاب (أحدهما) أنه مبنى على القولين السابقين فى كتاب الحج أن المحرم إذا ذبح صيدا هل يصير ميتة ؟ فيحرم على جميع الناس ؟ أم لا يكون ميتة فلا يحرم على غيره ؟ (والأصح) أنه يصير ميتة (فإن قلنا) يصير ميتة أكل الميتة وإلا فالصيد (والطريق الثانى) إن قلنا : يصير ميتة أكل الميتة ، وإلا فأيهما يأكل ؟ فيه قولان ، ودليل الجميع فى الكتاب ، ومن الأصحاب من حكى فى المسألة ثلاثة أقوال أو أوجه (أصحها) يلزمه أن يأكل الميتة (والثانى) يلزمه أكل الصيد (والثالث) يتخير ، وحكاه الدارمى عن أبى على ابن أبى هريرة ، والصحيح على الجملة وجوب أكل الميتة .

ولو وجد المحرم لحم صيد مذبوح وميتة ، فان كان ذابحه حلالا ذبحه لنفسه فهذا مضطر وجد ميتة وطعام الغير ، وقد سبق حكمه ، وإن ذبح هذا المحرم قبل إحرامه فهو واجد طعام حلال لنفسه ، فليس مضطرا ،

فإن ذبحه فى الإحرام أو ذبحه محرم آخر ـ وقلنا : هو حرام على كل أحد ـ فثلاثة أوجه (أصحها) يتخير بينهما (والثانى) يتعين لحم الصيد (والثالث) الميتة ، وقال الدارمى : إن قلنا : إنه ميتة أكل من أيهما شاء ، وغير الصيد أولى ، وإن قلنا : ليس بميتة فوجهان (أحدهما) يأكله (والثانى) يأكل الميتة ، ولو وجد المحرم صيدا وطعام الغير فثلاثة أوجه أو أقوال ، سواء جعلناه ميتة أم لا (أحدها) يتعين الصيد (والثانى) الطعام (والثالث) يتخير هذا إذا كان مالك الطعام غائبا ، فإن حضر ومنعه تعين الصيد ، وإن بذله تعين الطعام صرح به الدارمى وغيره ، وإن وجد ميتة وصيدا وطعام الغير ، فسبعة أوجه ، ذكرها إمام الحرمين وغيره (أصحها) يتعين الميتة (والثانى) الصيد (والثالث) الطعام (والرابع) يتخير بين الثلاثة (والخامس) يتخير بين الطعام والميتة (والسادس) يتخير بين الصيد والميتة (والسابع) بين الصيد والطعام .

(فرع) إذا لم نجعل ما يذبحه المحرم من الصيد ميتة ، فهل على المضطر قيمة ما أكله منه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى المحرم ، هل يستقر ملكه على الصيد ؟ .

(العاشرة) إذا وجد ميتتان إحداهما من جنس المأكول دون الأخرى ، أو إحداهما طاهرة فى الحياة دون الأخرى ، كشاة وحمار ، أو كلب ، فهل يتخير بينهما ؟ أم تتعين الشاة ؟ فيه وجهان (أصحهما) ترك الكلب والتخيير فى الباقى ، والله أعلم .

(الحادية عشرة) لا يجوز للعاصى بسفره أكل الميتة حتى يتوب ، هذا هو الصحيح المشهور ، لقول الله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه)[1] وفيه وجه ضعيف أنها تحل له ، وقد سبق بيان المسألة واضحة فى باب مسح الخف ، وباب صلاة المسافر .

---

(1) من الآية ١٧٣ من سورة البقرة .

(الثانية عشرة) نص الشافعى رحمه الله أن المريض إذا وجد مع غيره طعاما يضره ويزيد فى مرضه ، جاز تركه وأكل الميتة ، قال أصحابنا : وكذا لو كان الطعام له ، وعدوا هذا من أنواع الضرورة ، وكذا التداوى بالنجاسات كما سنوضحه إن شاء الله تعالى قريبا .

(فـرع) قال الشافعى رحمه الله : وإذا اضطر ووجد من يطعمه ويسقيه فليس له الامتناع إلا فى حالة واحدة ، وهى إذا خاف أن يطعمه أو يسقيه مسموما ، فلو تركه وأكل الميتة فله تركه وأكل الميتة ، والله أعلم .

(الثالثة عشرة) إذا اضطر إلى شرب الدم أو البول أو غيرهما من النجاسات المائعة غير المسكر ، جاز له شربه بلا خلاف ، وإن اضطر ـ وهناك خمر وبول ـ لزمه شرب البول ، ولم يجز شرب الخمر بلا خلاف، لما ذكره المصنف .

(وأما) التداوى بالنجاسات غير الخمر فهو جائز سواء فيه جميع النجاسات غير المسكر ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنه لا يجوز ، لحديث أم سلمة المذكور فى الكتاب (ووجه ثالث) أنه يجوز بأبوال الإبل خاصة لورود النص فيهما ، ولا يجوز بغيرها ، حكاهما الرافعى ، وهما شاذان ، والصواب الجواز مطلقا ، لحديث أنس رضى الله عنه « أن نفرا من عرينة وهى قبيلة معروفة ـ بضم العين المهملة وبالنون ـ أتوا رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام فاستوخموا المدينة ، فسقمت أجسامهم فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال : ألا تخرجون مع راعينا فى إبله فتصيبون من أبوالها وألبانها ؟ قالوا : بلى فخرجوا فشربوا من ألبانها وأبوالها فصحوا ، فقتلوا راعى رسول الله ﷺ واطردوا النعم » رواه البخارى ومسلم من روايات كثيرة ، هذا لفظ إحدى روايات البخارى ، وفى رواية « فأمرهم أن يشربوا أبوالها وألبانها » .

قال أصحابنا : وإنما يجوز التداوى بالنجاسة إذا لم يجد طاهرا يقوم مقامها ، فإن وجده حرمت النجاسات بلا خلاف ، وعليه يحمل حديث : « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » فهو حرام عند وجود غيره ، وليس حراما إذا لم يجد غيره • قال أصحابنا : وإنما يجوز ذلك إذا كان المتداوى عارفا بالطب ، يعرف أنه لا يقوم غير هذا مقامه ، أو أخبره بذلك طبيب مسلم عدل ، ويكفى طبيب واحد ، صرح به البغوى وغيره ، فلو قال الطبيب : يتعجل لك به الشفاء ، وإن تركته تأخر ، ففى إباحته وجهان ، حكاهما البغوى ، ولم يرجح واحدا منهما ، وقياس نظيره فى التيمم أن يكون الأصح جوازه •

(أما) الخمر والنبيذ وغيرهما من المسكر فهل يجوز شربها للتداوى أو العطش ؟ فيه أربعة أوجه مشهورة (الصحيح) عند جمهور الأصحاب لا يجوز فيهما (والثانى) يجوز (والثالث) يجوز للتداوى دون العطش والرابع عكسه •

قال الرافعى : الصحيح عند الجمهور لا يجوز لواحد منهما ، ودليله حديث وائل بن حجر رضى الله عنه : « أن طارق بن سويد الجعفى سأل النبى ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها ، فقال : إنما أصنعها للدواء فقال : إنه ليس بدواء ولكنه داء » رواه مسلم فى صحيحه ، واختار إمام الحرمين والغزالى جوازها للعطش دون التداوى والمذهب الأول ، وهو تحريمها لهما ، وممن صححه المحاملى وسأورد دليله قريبا إن شاء الله تعالى ، فإن جوزنا شربها للعطش فإن كان معه خمر وبول لزمه شرب البول وحرم الخمر ، لأن تحريم البول أخف ، قال أصحابنا : فهذا كمن وجد بولا وماء نجسا فانه يشرب الماء النجس ، لأن نجاسته طارئة ، وفى جواز التبخر بالند المعجون بالخمر وجهان بسبب دخانه (أصحهما) جوازه لأنه ليس دخان نفس النجاسة ، والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا أن المذهب الصحيح تحريم الخمر للتـداوى والعطش ، وأن إمام الحرمين والغزالى اختارا جوازها للعطش ، قال إمام الحرمين : الخمر يسكن العطش فلا يكون استعمالها فى حكم العلاج ، قال : ومن قال : إن الخمر لا يسكن العطش فليس على بصيرة ، ولا يعد قوله مذهبا ، بل هو غلط ووهم بل معاقر الخمر يجتزىء بها عن المـاء ، هذا كلامه ، وليس كما ادعى بل الصواب المشهور عن الشـافعى وعن الأصحاب والأطباء أنها لا تسـكن العطش بل تزيده والمشهور من عادة شربة الخمر أنهم يكثرون شرب المـاء ، وقد نقل الرويانى أن الشافعى رحمه الله نص على المنع من شربها للعطش معللا بأنها تجيع وتعطش ، وقال القاضى أبو الطيب : سألت من يعرف ذلك فقال : الأمر كما قال الشافعى ، أنها تروى فى الحال ثم تثير عطشا عظيما ، وقال القاضى حسين فى تعليقه : قالت الأطباء : الخمر تزيد فى العطش وأهل الشرب يحرصون على المـاء البارد ، فحصل بما ذكرناه أنها لا تنفع فى دفع العطش ، وحصل بالحديث الصحيح السابق فى هذه المسألة أنها لا تنفع فى الدواء فثبت تحريمها مطلقا ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) لو غص بلقمة ــ ولم يجد شيئا يسيغها به إلا الخمر ــ فله إساغتها به بلا خلاف ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصـحاب وغيرهم ، بل قالوا : يجب عليه ذلك لأن السلامة من الموت بهذه الإساغة قطعية بخلاف التداوى وشربها للعطش ، قال أهل اللغة : يقال : غص ــ بفتح الغين ــ لا بضمها ــ يغص ــ بفتحها ــ أيضا غصصا ــ بالفتح ــ أيضا فهو غاص وغصان وأغصصته ، والله أعلم .

(فـرع) قال البيهقى : قال الشافعى : لا يجوز أكل الترياق المعمول بلحم الحيات إلا أن يكون فى حال الضرورة حيث تجوز الميتة ، هذا لفظه . واحتج البيهقى فى المسألة بحديث ابن عمرو بن العاص رضى الله عنهما ،

قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « ما أبالى ما أتيت إن أنا شربت ترياقا ، أو تعلقت تيمة ، أو قلت الشعر من قبل نفسى » رواه أبو داود بإسناد فيه ضعف ، ومعناه أن هذه الثلاثة سواء فى كونها مذمومة .

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل من أحكام المضطر :

(إحداها) أجمعوا أنه يجوز له الأكل من الميتة والدم ولحم الخنزير ونحوها للآية الكريمة . وفى قدر المــأكول قولان للشافعى سبقا (أصحهما) سد الرمق ، وبه قال أبو حنيفة وداود . و (الثانى) قدر الشبع ، وعن مالك وأحمد روايتان كالقولين .

(الثانية) إذا لم يكن مع المضطر مال ، وكان مع غيره طعام يستغنى عنه لم يلزمه بذله له بلا عوض ، وله الامتناع من البذل حتى يشتريه بثمن مثله فى الذمة ، كما سبق . هذا مذهبنا ، قال العبدرى : وهو قول العلماء كافة ، وقول داود ، قال : ومن أصحاب داود من قال : يجوز للمضطر أن يأكل منه قدر ما تزول به الضرورة ، ولا ضمان عليه فى ذلك ، كما لو رآه يغرق أو يحترق ـــ وأمكنه تخليصه ـــ لزم تخليصه من غير إلزام عوض واحتج أصحابنا بأن الذمة كالمــال ولو كان معه مال لم يلزم صــاحب الطعام بذله مجانا وكذا إذا أمكن الشراء فى الذمة . قال أصحابنا : وأما ما احتج به المخالف فجوابه أنه لا فرق بينهما ، بل كل حالة أمكن فيهــا الموافقة على عوض لم يلزم إلا بالعوض والله أعلم .

(الثالثة) إذا وجد ميتة وطعاما لغائب فللشافعى قولان (أصحهما) يأكل الميتة ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأنه منصوص عليها وطعام غيره مجتهد فيه . و (الثانى) يأكل طعام غيره وبه قال مالك ، لأنه مجمع عليه مع طهارته ولو وجد ميتة وصيدا وهو محرم فالأصح أنه يأكل الميتة وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد .

(الرابعة) إذا وجد المضطر آدميا ميتا حل له أكله عندنا كما سبق تفصيله وقال مالك وأحمد وأصحاب الظاهر : لا يجوز • واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف أن حرمة الحي آكد من حرمة الميت ، والله أعلم •

(الخامسة) ذكرنا أن مذهبنا جواز التداوي بجميع النجاسات سوى المسكر وقال أحمد : لا يجوز لحديث « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » وحديث أبي الدرداء أن النبي ﷺ قال : « إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام » رواه أبو داود ، وحديث أبي هريرة قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الدواء الخبيث » رواه أبو داود ، ودليلنا حديث العرنيين ، وهو في الصحيحين كما سبق ، وهو محمول على شربهم الأبوال للتداوي كما هو ظاهر الحديث • وحديث « لم يجعل شفاءكم » محمول على عدم الحاجة إليه بأن يكون هناك ما يغني عنه ويقوم مقامه من الأدوية الطاهرة • وكذا الجواب عن الحديثين الآخرين ، وقال البيهقي : هذان الحديثان إن صحا حملا على النهي عن التداوي بالمسكر وعلى التداوي بالحرام من غير ضرورة ، للجمع بينهما وبين حديث العرنيين ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن مر ببستان لغيره وهو غير مضطر لم يجز أن يأخذ منه شيئا بغير إذن صاحبه ، لقوله ﷺ : ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه))) •

(الشرح) هذا الحديث رواه البيهقي في كتاب الغصب من رواية علي بن زيد بن جدعان عن أبي حرة الرقاشي عن أبيه عن عمه أن رسول الله ﷺ قال : (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه) وإسناده ضعيف ، علي بن زيد ضعيف ، وعن ابن عباس أن النبي ﷺ خطب الناس في حجة الوداع فذكر الحديث وفيه : (لا يحل لامرئ من

مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس) رواه البيهقى فى كتـاب الغصب بإسناد صحيح ، قال أصحابنا : إذا مر الإنسان بثمر غيره أو زرعه لم يجز أن يأخذ منه ، ولا أن يأكل منه بغير إذن صـاحبه إلا أن يكون مضطرا فيأكل حينئذ ويضمن كما سبق ، قال أصحابنا : وحكم الثمار الساقطة من الأشجار حكم الثمار التى على الشجر ، إن كانت الساقطة داخل الجدار ، وإن كانت خارجة فكذلك إن لم تجر عادتهم بإباحتها فإن جرت فوجهان (أحدهما) لا يحل كالداخلة ، وكما إذا لم تجر عادتهم لاحتمال أن هذا المـالك لا يبيح (وأصـحهما) يحل لاطراد العـادة المسـتمرة بذلك ، وحصول الظن بإباحته ، كما يحصل تحمل الصبى المميز الهدية ، ويحل أكلها والله أعلم .

(فـرع) هذا الذى ذكره الأصحاب حكم مال الأجنبى . أما القريب والصديق فان تشكك فى رضاه بالأكل من ثمره وزرعه وبيته لم يحـل الأكل منه بلا خلاف وإن غلب على ظنه رضاه به ، وأنه لا يكره أكله منه جاز أن يأكل القدر الذى يظن رضاه به ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص والأزمان والأحوال والأموال ولهذا تظاهرت دلائل الكتاب والسنة وفعل سلف الأمة وخلفها ، قال الله تعالى : (ولا على أنفسـكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم ـ إلى قوله تعالى [1] : أو صديقكم) وبينت الأحاديث الصحيحة عن النبى ﷺ بنحو من هذا والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن مر ببستان غيره ، وفيه ثمار أو مر بزرع غيره ، فذهبنا أنه لا يجوز أن يأكل منه شيئا إلا أن يكون فى حال الضرورة التى يباح فيها الميتة وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وداود والجمهور . وقال أحمد : إذا اجتاز به وفيه فاكهة رطبة وليس عليه حائط جاز له الأكل

---

(١) الآية ٦١ من سورة النور .

منه من غير ضرورة ولا ضمان عليه عنده فى أصح الروايتين ، وفى الرواية الأخرى يباح له ذلك عند الضرورة ولا ضمان ، واحتج بما روى مجاهد عن أبى عياض أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : (من مر منكم بحائط فليأكل فى بطنه ولا يتخذ خبنة) وعن زيد بن وهب قال (قال عمر رضى الله عنه : إذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحدا منكم فاذا مررتم براعى الإبل فنادوا يا راعى الإبل ، فإن أجابكم فاستسقوه ، وإن لم يجبكم فأتوها فحلوها واشربوا ثم صروها) رواهما البيهقى ، وقال : هذا صحيح عن عمر بإسناديه جميعا ، قال : وهو محمول عندنا على حال الضرورة .

واحتج أصحابنا بالحديث الذى ذكره المصنف مع ما ذكرته مما سبق منه وبحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحلبن أحدكم ماشية غيره إلا بإذنه ، أيحب أحدكم أن يؤتى مشربته فتكسر خزانته فينتثل طعامه ؟ فانما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا باذنه » رواه البخارى ومسلم . وفى المسألة أحاديث كثيرة بمعنى ما ذكرته قال الشافعى رحمه الله : ومن مر لرجل بزرع أو ثمر أو ماشية أو غير ذلك من ماله لم يكن له أخذ شىء منه إلا باذنه ، لأن هذا مما لم يأت فيه كتاب ولا سنة ثابتة بإباحته فهو ممنوع إلا بإذن مالكه قال : وقد قيل : من مر بحائط فليأكل ولا يتخذ خبنة ، وروى فيه حديث لو كان ثبت عندنا لم نخالفه ، والكتاب والحديث الثابت أنه لا يجوز أكل مال أحد إلا بإذنه قال البيهقى : فالحديث الذى أشار إليه الشافعى هو حديث يحيى بن سليم الطائفى عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال : « من دخل حائطا فليأكل ولا يتخذ خبنة » .

قال البيهقى : وقد أخبرنا أبو محمد السكرى فذكر إسناده إلى يحيى بن معين قال : حديث يحيى بن سليم هذا عن عبيد الله فى الرجل يمر بالحائط فيأكل منه ، قال : هذا غلط وقال أبو عيسى الترمذى : سألت

محمد بن إسماعيل [1] عن هـذا الحديث فقال : يحيى بن سـليم يروى أحاديث عن عبيد الله يهم فيها قال البيهقى : وقد جاء من أوجه أخر وليست بقوية (منها) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « سمعت رجلا من مزينة سأل رسول الله ﷺ وأنا أسمع عن الضالة فذكر الحديث » قال : « ثم سأله عن الثمار يصيبها الرجل » فقال : « ما أخذ فى أكمامه يعنى رءوس النخل فاحتمله فثمنه ومثله معه وضرب نكال ، وما كان فى أجرانه فأخذه ففيه القطع إذا بلغ ذلك ثمن المجن ، وإن أكل بفيه ولم يأخذ فيتخذ خبنة فليس عليه شىء » .

قال البيهقى : وهذا إن صح فمحمول على أنه ليس فيه قطع حين لم يخرجه من الحرز (ومنهـا) ما رواه أبو داود فى سـننه عن الحسن عن سمرة بن جندب أن النبى ﷺ قال : « إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذنه ، فإن أذن له فليحلب وليشرب ، وإن لم يكن فيها فليصوت ثلاثا ، فإن أجابه فليسـتأذنه وإلا فليحلب وليشرب ولا يحمـل . قال البيهقى : أحاديث الحسن عن سمرة لا يثبتها بعض الحفاظ ، ويزعم أنها من كتاب ، غير حديث العقيقة الذى ذكر فيه السماع ، فإن صح فهو محمول على حال الضرورة (ومنها) حديث يزيد بن هرون عن سعيد الجريرى عن أبى نضرة عن أبى سعيد الخدرى عن النبى ﷺ قال : « إذا أتى أحدكم على راع فليناد يا راعى الإبل ثلاثا ، فإن أجابه ، وإلا فليحلب وليشرب ، لا يحملن . وإذا أتى أحدكم على حائط فليناد ثلاثا يا صاحب الحائط ، فإن أجابه فليأكل ولا يحملن » .

قال البيهقى : تفرد به سعيد الجُرَيْرى وهو ثقة ، إلا أنه اختلط فى آخر عمره ، وسماع يزيد بن هرون منه بعد اختلاطه فلا يصح ، قال : وقد

---

(1) يعنى محمد بن اسماعيل البخارى رضى الله عنه . (ط)

روى عن أبى سعيد عن النبى ﷺ خلافه ، ثم ذكره بإسناده عن شريك عن عبد الله بن عاصم قال : سمعت أبا سعيد الخدرى يقول : « لا يحل لأحد أن يحل صرار ناقة إلا بإذن أهلها ، فإن خاتم أهلها عليها ، فقيل لشريك : أرفعه ؟ قال : نعم » قال البيهقى : وهذا يوافق حديث ابن عمر الصحيح السابق ، ثم روى البيهقى باسناده عن أبى عبيد القاسم بن سلام ، قال : إنما هذا الحديث يعنى حديث عمر ، وحديث عمرو بن شعيب فى الرخصة أنه أرخص فيه للجائع المضطر ، الذى لا شىء معه يشترى به وهو معسر ، وفى حديث ابن جريج عن عطاء قال : « رخص رسول الله ﷺ للجائع المضطر إذا مر بالحائط أن يأكل منه ولا يتخذ خبنة » وعن الحجاج بن أرطاة عن سليط بن عبد الله التميمى عن ذهيل بن عوف بن سماح عن أبى هريرة قال : « كنا مع النبى ﷺ فقال له ناس : يا رسول الله ما يحل للرجل من مال أخيه ؟ قال : « أن يأكل ولا يحمل ، ويشرب ولا يحمل » قال البيهقى : هذا إسناده مجهول لا يقوم به حجة والحجاج بن أرطاة لا يحتج به ، قال : وقد روى من وجه آخر عن الحجاج ما دل على أنه فى المضطر والله تعالى أعلم .

(فرع) الضيافة سنة ، فاذا استضاف مسلم لا اضطرار به مسلما استحب له ضيافته ، ولا تجب ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة ، وقال الليث بن سعد وأحمد بن حنبل : هى واجبة يوما وليلة ، قال أحمد : هى واجبة يوما وليلة على أهل البادية وأهل القرى دون أهل المدن ، واحتجوا بحديث أبى شريح الخزاعى رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه عليه جائزته ، قال : وما جائزته يا رسول الله ؟ قال : يومه وليلته ، والضيافة ثلاثة أيام ، فما كان وراء ذلك فهو صدقة عليه ، ولا يحل لرجل مسلم يقيم عند أخيه حتى يؤثمه ، قالوا : يا رسول الله

وكيف يؤثمه ؟ قال : يقيم عنده ولا شيء له يقريه به » رواه البخـارى ومسلم ، وروى أبو داود فى سننه عن أشهب قال : « سئل مالك رضى الله عنه عن قول النبى ﷺ : جائزته يوم وليلة فقال : يكرمه ويتحفه ويحفظـه يوما وليلة وثلاثة أيام ضيافة » .

قال الخطابى : معناه أنه يتكلف له فى اليوم الأول ما اتسع له من بر وإلطاف ، وأما فى اليوم الثانى والثالث فيقدم له ما كان بحضرته ، ولا يزيد على عادته ، وما كان بعد الثلاث فهو صدقة ومعروف ، إن شاء فعل وإن شاء ترك ، قال : وقوله ﷺ : « ولا يحل أن يقيم عنده حتى يؤثمه ، معناه لا يحل للضيف أن يقيم عنده بعد الثلاث من غير استدعاء منه حتى يوقعه فى الإثم » وعن أبى كريمة المقدام بن معد يكرب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ (ليلة الضيف حق على كل مسلم ، فمن أصبح بفنائه فهو عليه دين إن شاء اقتص ، وإن شاء ترك) رواه أبو داود بإسناد صحيح ، وعنه قال : (قال رسول الله ﷺ : أيما رجل أضاف قوما فأصبح الضيف محروما ، فإن نصره حق على كل مسلم ، حتى يأخذ بقرى ليلة من زرعه وماله) رواه أبو داود بإسناد حسن .

وعن عقبة بن عامر قال : (قلنا يا رسول الله إنك تبعثنا فننزل بقوم فلا يقروننا ، فما ترى ؟ فقال لنا رسول الله ﷺ : إن نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغى للضيف فاقبلوا فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذى ينبغى لهم) رواه مسلم فى صحيحه ، ورواه أبو داود والترمذى وابن ماجه بأسانيد صحيحة ، وعن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : (الضيافة ثلاث أيام ، فما سوى ذلك فهو صدقة) رواه أبو داود بإسناد جيد ، واحتج أصحابنا والجمهور بالأحاديث السابقة فى مسألة ثمار الإنسان وزرعه (وأجابوا) عن هـذه الأحاديث الواردة فى الضيافة بأنهـا محمولة على الاستحباب

ومكارم الأخلاق ، وتأكد حق الضيف كحديث : (غسل الجمعة واجب على كل محتلم) أى متأكد الاستحباب وتأول بعض هذه الأحاديث الخطابى وغيره على المضطر ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ولا يحرم كسب الحجام لمـا روى أبو العالية ان ابن عباس رضى الله عنهما سئل عن كسب الحجام) فقال : (احتجم رسول الله ﷺ واعطـاه اجره : ولو كان حراما ما اعطاه) ويكره للحر ان يكتسب بالحجامة وغيرها من الصنائع الدنيئة كالكنس والذبح والدبغ لأنها مكاسب دنيئة فينزه الحر منها ، ولا يكره للعبد لأن العبد أدنى ، فلم يكره له ، وبالله التوفيق) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم ، واسم أبى العالية رفيع بضم الراء وفتح الفاء ــ قال أصحابنا : كسب الحجام حلال ليس بحرام هذا هو المذهب والمعروف والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاذ قاله أبو بكر بن خزيمـة من أصحابنا أنه حرام على الأحرار ، ويجوز إطعامه للعبيد والإماء والدواب (والصواب) الأول ، قال أصحابنا : ولا يكره للعبد أكل كسب الحجام سواء كسبه حر أم عبد ، ويكره أكله للحر ، سواء كسبه حر أم عبد ، ولكراهته معنيان (أحدهما) مخـالطة النجاسة (والثانى) دناءته . فعلى الثانى يكره كسب الحـلاق ونحوه : وعلى الأول يكره كسب الكناس والزبال والدباغ والقصاب والخاتن ، وهذا الوجه هو الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور .

وفى كسب الفاصد وجهان (أصحهما) لا يكره وهو قول أبى على ابن أبى هريرة (والثانى) يكره كراهة تنزيه وفى الحمامى والحائك وجهان (أصحهما) لا يكره الحائك وكره جماعة من أصحابنا كسب الصواغين قال صاحب البيان : وفى كراهة هذه الأشياء للعبيد وجهان (أصحهما) لا يكره لأنه دنىء وهذا هو الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور والله أعلم .

(فـرع) قال المـاوردى أصول المـكاسب الزراعة والتجـارة والصنعة ، وأيها أطيب ؟ فيه ثلاثة مذاهب للناس (أشبهها) بمذهب الشافعى أن التجارة أطيب ، قال : والأشبه عندى أن الزراعة أطيب ، لأنها أقرب إلى التوكل ، وذكر الشاشى وصـاحب البيـان وآخرون نحو ما ذكره الماوردى ، وأخذوه عنه ، قلت: فى صحيح البخارى عن المقدام بن معديكرب رضى الله عنـه عن النبى ﷺ قال : « ما أكل أحد طعـاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده ، وإن نبى الله داود ﷺ كان يأكل من عمـل يده » فالصواب ما نص عليه رسول الله ﷺ وهو عمل اليد ، فان كان زراعا فهو أطيب المـكاسب وأفضلها ، لأنه عمل يده ، ولأن فيـه توكلا كما ذكره المـاوردى وقال :[لأن][1] فيه نفعا عاما للمسلمين والدواب ، ولأنه لابد فى العادة أن يؤكل منه بغير عوض ، فيحصل له أجره •

وإن لم يكن ممن يعمل بيده بل يعمل له غلمانه وأجراؤه فاكتسابه بالزراعة أفضل لمـا ذكرناه ، وقد ثبت عن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (ما من مسلم يغرس غرسا إلا كان ما أكل منه له صدقة ، وما سرق منه له صدقة ، ولا يرزؤه أحد إلا كان له صدقة) رواه مسلم فى صحيحه ، ومعنى يرزؤه ينقصه ، وفى رواية لمسلم أيضا : (فلا يغرس المسلم غرسا فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا طير إلا كان له صدقة إلى يوم القيامة) وفى رواية لمسلم أيضا : (لا يغرس مسلم غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منه إنسان ، ولا دابة ، ولا شىء إلا كانت له صدقة) رواه البخارى ومسلم جميعا من رواية أنس ، والله أعلم •

(فـرع) فى جملة من الأحاديث الوارده فى كسب الحجام والحجامة• عن عون بن أبى جحيفة قال : « اشترى أبى عبدا حجـاما فأمر بمحاجمه

---

(1) سقطت لفظة (لأن) من النسخة المطبوعة قبل ! المطيعى

فكسرت وقال : إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغى ، وثمن الدم ، ولعن الواشمة والمستوشمة ، وآكل اربا ومؤكله ، ولعن المصور » رواه البخارى ، وعن رافع بن خديج رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : (كسب الحجام خبيث ، ومهر البغى خبيث ، وثمن الكلب خبيث) رواه مسلم وفى رواية : (شر الكسب مهر البغى وثمن الكلب وكسب الحجام) وعن محيّصة رضى الله عنه أنه (استأذن رسول الله ﷺ فى إجارة الحجام فنهاه عنها ، فلم يزل يسأله حتى قال : أعلفه نواضحك) رواه مالك وأبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم بأسانيدهم الصحيحة قال الترمذى : هو حديث حسن .

وعن أنس رضى الله عنه (أن رسول الله ﷺ حجمه أبو طيبة فأمر له رسول الله ﷺ بصاعين من طعام وكلم مواليه فخفف عنه من ضريبته ، وقال : خير ما تداويتم به الحجامة والقسط البحرى) رواه البخارى ومسلم ، وعنه (كان رسول الله ﷺ يحتجم ولا يظلم أحدا أجره) رواه مسلم وعن ابن عباس (أن النبى ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره واستعط) رواه البخارى ومسلم ، ورويا حديثه السابق فى كلام المصنف .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى كسب الحجام .

مذهبنا أنه ليس بحرام لا على العبد ولا على الحر ، لكن يستحب للحر التنزه عنه ، وعن أكله ، وبهذا قال جماهير العلماء : وقال أحمد فى رواية ضعيفة عنه وفقهاء المحدثين : يحرم على الأحرار دون العبيد ، واحتجوا بالأحاديث السابقة ، واحتج الجمهور بحديث ابن عباس ، وحملوا الأحاديث الباقية على التنزيه والارتفاع عن دنىء الاكتساب ، والحث على مكارم الأخلاق .

(فــرع) فى فضل الحجامة مع ما سبق .

عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أنه قال لمريض عاده : (لا أبرح حتى يحتجم ، فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن فيه شفاء) رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه (أن أبا هند حجم النبى ﷺ فى يأفوخه من وجع كان به وقال : إن كان فى شىء شفاء مما تداوون به فالحجامة) رواه أبوداود وغيره بأسانيد صحيحة ــ اليأفوخ بهمزة ــ ساكنة بعــد الياء ــ ولا خلاف أنه مهموز واختلفوا فى الياء منه هل هى أصلية ، أم زائدة ؟ فقال الجوهرى : هى زائدة ووزنه يفعول ، قال ابن فارس : هى أصلية وهو رباعى ، قال الجوهرى : جمعه يآفيخ قال : وهو الموضع الذى يتحرك من رأس الصبى ، وهو الرأس ، وعن سلمى خادم رسول الله ﷺ رضى الله عنها قالت : (ما كان أحد يشتكى إلى رسول الله ﷺ وجعا من رأسه إلا قال : احتجم ، ولا وجعــا فى رجليه إلا قال اخضبهما) رواه أبوداود بإسناد حسن .

(فــرع) فى موضع الحجامة . عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : (احتجم رسول الله ﷺ وهو محرم فى رأسه من صداع كان به أو وبى) رواه البخارى ورواه البخارى أيضا من رواية عبد الله[1] ابن بحينة بمعناه ، وروى البيهقى باسناده عن أنس (أن النبى ﷺ احتجم على ظهر قدمه وهو محرم) قال البيهقى : كذا قال : على ظهر قدمه ، وفى رواية ابن عبــاس وابن بحينة فى رأسه ، قال : والعدد أولى بالحفظ من الواحد إلا أن يكون فعل ذلك مرتين وهو محرم ، وعن جابر أن النبى ﷺ (احتجم على وركه من وبى كان به) كذا قال : على وركه ، وفى رواية : (احتجم وهو محرم من وبى كان بوركه أو قال بظهره) قال البيهقى : فكأنه ﷺ احتجم فى رأسه وهو محرم من وبى كان به أو صداع .

---

(١) اثبتنا الألف فى ابن بحينة أمه وتحذف الألف اذا كانت بين علمين ذكرين . (ط)

وعن أنس رضى الله عنه (كان رسول الله ﷺ يحتجم ثلاثا اثنتين فى الأجدعين وواحدة فى الكاهل) رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، ورواه الترمذى وقال : حديث حسن ، قال أهل اللغة : الأجدعان عرقان فى جانبى العنق ، وعن أبى كبشة الأنمـارى الصحابى رضى الله عنه أن النبى ﷺ (كان يحتجم على هامته وبين كتفيه ويقول : من أهراق دما من هذه الدماء فلا يضره أن لا يتداوى بشىء لشىء) رواه أبو داود وابن ماجه باسنادين حسنين .

(فـرع) فى وقت الحجامة . عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ (من احتجم لسبع عشرة وتسع عشرة وإحدى وعشرين كان شفاء من كل داء) رواه أبو داود بإسناد حسن على شرط مسلم وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : (خير ما تحتجمون فيه سبع عشرة وتسع عشرة وإحدى وعشرون) رواه البيهقى بإسناد ضعيف وعن معقل بن يسار عن النبى ﷺ قال : (من احتجم يوم الثلاثاء لسبع عشرة من الشهر كان دواء لدأء السنة) رواه البيهقى وضعفه . وعن أنس رفعه : (من احتجم يوم الثلاثاء لسبع عشرة خلت من الشهر أخرج الله منه داء سنته) ضعفه البيهقى وعن كيسة بنت أبى بكر (أن أباها كان نهى أهله عن الحجامة يوم الثلاثاء ويزعم عن رسول الله ﷺ أن يوم الثلاثاء يوم الدم وفيه ساعة لا يرقا) رواه أبو داود بإسناد ضعيف ورواه البيهقى وقال : إسناده ليس بالقوى قال : والنهى الذى فيه موقوف وليس بمرفوع .

وعن سليمان بن أرقم عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : (ومن احتجم يوم الأربعـاء ويوم السبت فرأى وضحا فلا يلومن إلا نفسه) هذا ضعيف رواه البيهقى وقال : سليمان بن أرقم ضعيف قال : وروى عن ابن سمعان وسليمان بن يزيد عن الزهرى

كذلك موصولا وهو أيضا ضعيف والمحفوظ عن الزهرى عن النبى ﷺ منقطعا ، وعن عطاف بن خالد عن نافع عن ابن عمر قال : (قال رسول الله ﷺ : إن فى الجمعة ساعة لا يحتجم فيها محتجم إلا عرض له داء لا يشفى منه) هـذا ضعيف جدا ، رواه البيهقى وضعفه قال : عطـاف بن خالد ضعيف ، قال : ورواه يحيى[1] بن العلاء الدارى ـ وهو متروك ـ بإسناد له عن الحسين بن على[2] عنه حديثا مرفوعا ، وليس بشىء ، والحاصل أنه لـم يثبت شىء فى النهى عن الحجـامة فى يـوم معين ، والله سـبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) فى استحباب ترك الاكتواء للتداوى وليس بحرام ، عن جابر رضى الله عنـه أن رسـول الله ﷺ قال : (إن كان فى أدويتكم أو ما تداويتم به من خير فشرطه حجام ، أو شربة عسل ، أو لدعة بنار توافق داء ، وما أحب أن أكتوى) رواه البخـارى ومسلم ، وعن ابن عبـاس أن النبى ﷺ قال : (الشفاء فى ثلاثة فى شرطة محجم أو شربة عسل أو كية بنـار ، وإن أنهى أمتى عن الكى) رواه البخارى ، وعن ابن عباس أيضا أن رسول الله ﷺ قال : (يدخل الجنة من أمتى سبعون ألفـا بغير حساب فقلت من هم قال : هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يغتابون ، وعلى ربهم يتوكلون) رواه البخـارى ومسـلم ، وفى روايات للبخـارى : (ولا يكتوون) وعن عمـران بن حصين قال : قال نبى الله ﷺ : (يدخل الجنة من أمتى سبعون ألفا بغير حساب ، قالوا : ومن هم يا رسول الله ؟ قال : هم الذين لا يكتوون ولا يسترقون ، وعلى ربهم يتوكلون) رواه مسلم .

---

(١) كذا بالنسخة المتداولة وصوابه يحيى بن العلاء الرازى رمى بالوضع من الطبقة الثامنة . (ط)

(٢) الضمير فى عنه يعود الى على والد الحسين رضى الله عنهما . (ط)

وعن المغيرة بن شعبة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من اكتوى أو استرقى فقد برىء من التوكل) رواه الترمذى بإسناد صحيح ، وعن عمران بن الحصين رضى الله عنهما قال : (نهى رسـول الله ﷺ عن الكى فاكتوينا فلا أفلحن ولا أنجحن) رواه أبو داود بإسناد صحيح ، وفى رواية البيهقى : (فما أفلحنا ولا أنجحنا) وإسنادها صحيح . وعن مطرف قال : قال لى عمران بن الحصين : (إن رسـول الله ﷺ جمع بين حج وعمرة ، ثم لم ينه عنه حتى مات ولم ينزل فيه قرآن يحرمه ، وقد كان [1] يسلم على حتى اكتويت فتركت ، ثم تركت الكى فعاد) رواه مسلم فى صحيحه فى كتاب الحج .

(فـرع) فى جواز الكى وقطع العروق للحاجة . عن جابر رضى الله عنه قال : (بعث رسول الله ﷺ إلى أبى بن كعب طبيبا فقطع منه عرقا ثم كواه عليه) رواه مسلم ، وفى رواية لمسلم أيضا (أن أبيا مرض فبعث النبى ﷺ إليه طبيبا فكواه على أكحله) وعنه ، قال : (رمى سعد بن معـاذ فى أكحله فحسمه النبى ﷺ بيده ثم ورمت فحسمه الثانية) رواه مسلم وعن ابن مسعود قال : (جاء نفر إلى رسول الله ﷺ فقـالوا : يا رسول الله إن صاحبا لنا اشتكى أفنكويه ؟ فسكت ساعة . ثم قال : إن شئتم فاكووه ، وإن شئتم فارمضوه يعنى بالحجارة) رواه البيهقى باسناد صحيح ، وروى البيهقى عنه (أن أنسا اكتوى وابن عمر ، وكوى ابن عمر ابنه) والله أعلم .

(فـرع) فى الدواء والاحتماء (أما) الدواء فسبقت فيـه جملة صالحة فى أول كتاب الجبائر (وأما) الاحتماء ففيه حديث أم منذر بنت قيس الأنصارية قالت : (دخل على رسول الله ﷺ ومعه على وعلى ناقة ولنا دوالى معلقة ، فقام رسول الله ﷺ فأخذ منهـا ، وقام على ليأكل فطفق

(١) كانت الملائكة تسلم عليه حتى اكتوى فتركته فلما ترك الكى عادت تسلم عليه . (ط) .

رسول الله ﷺ يقول لعلى : مه إنك ناقه ، حتى كف على رضى الله عنه ، قالت : وصنعت شعيرا وسلقا فجئت به . فقال رسول الله ﷺ : يا على أصب من هذا فهو أنفع) رواه أبو داود والترمذى وغيرهما قال الترمذى : حديث حسن : الناقه ـ بالنون والقاف ـ هو الذى برىء من المرض وهو قريب عهد به ، لم تتكامل صحته ، يقال : نقه ينقه فهو ناقه ، كعلم يعلم فهو عالم ، وعن صهيب رضى الله عنه قال : (قدمت على النبى ﷺ مهاجرا وبين يديه تمر ، فقال : تعال فكل ، فجعلت آكل . فقال : تأكل التمر وبك رمد ؟ قلت : إنى أمضغه من ناحية أخرى ، فتبسم رسول الله ﷺ) رواه ابن ماجه والبيهقى باسناد ضعيف .

(فرع) فى جواز الرقية بكتاب الله تعالى ، وبما يعرف من ذكر الله عن الأسود قال : سألت عائشة عن الرقية من الحمة فقالت : (رخص رسول الله ﷺ فى الرقية من كل ذى حمة) رواه البخارى ومسلم ـ الحمة بضم الحاء المهملة وتخفيف الميم وهى السم ، وقد تشدد الميم ، وأنكره الأزهرى وكثيرون ، وأصلها حمو أو حمى كصرد ، فألفها فيها عوض من الواو والياء المحذوفة ، وعن عائشة رضى الله عنها قالت : (أمرنى رسول الله ﷺ أن أستتر من العين) رواه البخارى ومسلم وعن أم سلمة (أن النبى ﷺ رأى فى بيتها جارية فى وجهها سفعة ، فقال : استرقوا لها ، فإن بها نظرة) رواه البخارى ومسلم ، السفعة ـ بفتح السين وإسكان الفاء ـ صفرة وتغيير ، والنظرة بفتح النون ـ هى العين .

وعن أنس قال : (رخص رسول الله ﷺ فى الرقية من العين والنملة والحمة) رواه مسلم ، قال الأصمعى : النملة هى قروح تخرج فى الجنب وغيره ، وعن جابر قال : (لدغت رجلا منا عقرب ونحن جلوس مع النبى ﷺ ، فقال رجل يا رسول الله أرقى ؟ قال : من استطاع أن ينفع أخاه

فليفعل) رواه مسلم ، وفى رواية له (أن النبى ﷺ قال لأسماء بنت عميس : مالى أرى أجسام بنى أخى ضارعة تصيبهم الحاجة ، قالت : لا ولكن العين تسرع إليهم ، قال : أرقيهم قالت فعرضت عليه فقال : أرقيهم) وعن جابر أيضا قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الرقى ، فجاء آل عمرو بن حزم إلى رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله إنه كانت عندنا رقية يرقى بها من العقرب ، وأنك نهيت عن الرقى ، قال : فعرضوها عليه ، فقال : ما أرى بأسا ، من استطاع منكم أن ينفع أخاه فلينفعه) رواه مسلم •

وعن عوف بن مالك قال : (كنا نرقى فى الجاهلية ، فقلنا : يا رسول الله ما تقول فى ذلك ؟ قال اعرضوا على رقاكم ، لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك) رواه مسلم ، وعن الشفاء بنت عبيد الله قالت : (دخل علىّ رسول الله ﷺ وأنا عند حفصة ، فقال ألا تعلمين هذه رقية النملة كما علمتيها الكتابة ؟) رواه أبو داود باسناد صحيح ، وعن أبى خزامة عن أبيه (أن أباه حدثه أنه قال : يا رسول الله أرأيت دواء نتداوى به ، ورقى نسترقى بها ، وتقى نتقيها ، هل يرد ذلك من قدر الله من شىء ، فقال رسول الله ﷺ : إنه من قدر الله) رواه الترمذى وابن ماجه والبيهقى (وأما) حديث عمران بن الحصين عن النبى ﷺ قال : (لا رقية إلا من عين أو حمة) فصحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بأسانيد صحيحة ، قال البيهقى : معناه هما أولى بالرقى من غيرهما ، لما فيهما من زيادة الضرر والله تعالى أعلم •

وروى البيهقى بإسناده الصحيح عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت : (دخل أبو بكر رضى الله عنه عليها ، وعندها يهودية ترقيها ، فقال ارقيها بكتاب الله عز وجل) وبإسناده الصحيح عن الربيع بن سليمان قال : (سألت الشافعى عن الرقية فقال : لا بأس أن يرقى الإنسان بكتاب الله عز وجل ، وما يعرف من ذكر الله قلت : أيرقى أهل الكتاب المسلمين ؟

فقال : نعم إذا رقوا بما يعرف من كتاب الله أو ذكر الله • فقلت وما الحجة فى ذلك ؟ فقال فيه غير حجة ، فإن مالكا أخبرنا عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن أبا بكر دخل على عائشة رضى الله عنهما وهى تشتكى ويهودية ترقيها فقال أبو بكر رضى الله عنه : ارقيها بكتاب الله) قال البيهقى : والأخبار فيما رقى به النبى ﷺ ورقى به ، وفيما تداوى به وأمر بالتداوى به كثيرة والله أعلم •

(فــرع) فى تعليق التمائم عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : (إن الرقى والتمائم والتولة شرك قالت قلت : لم تقول هذا ؟ والله لقد كانت عينى تقذف ، وكنت أختلف إلى فلان اليهودى يرقينى ، فإذا رقانى سكنت ، فقال عبد الله : إنما كان عمل الشيطان ينخسها بيده ، فإذا رقاها كف عنها ، إنما يكفيك أن تقولى كما كان رسول الله ﷺ يقول : أذهب الباس ، رب الناس ، اشف ، أنت الشافى ، لا شفاء إلا شفاؤك ، شفاء لا يغادر سقما » رواه أبو داود وابن ماجه ، قال أبو عبيد : التولة ــ بكسر التاء ــ هو الذى يحبب المرأة إلى زوجها وهو من السحر قال : وذلك لا يجوز (وأما) الرقاء والتمائم ، قال فالمراد بالنهى ما كان بغير لسان العربية بما لا يدرى ما هو •

قال البيهقى : ويقال إن التميمة خرزة كانوا يعلقونها ، يرون أنهــا تدفع عنهم الآفات ، ويقال قلادة يعلق فيها العود ، وعن عتبة بن عامر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من علق تميمة فلا أتم الله له ، ومن علق ودعة فلا ودع الله له) رواه البيهقى وقال هو أيضا راجع إلى معنى ما قال أبو عبيدة ، قال : ويحتمل أن يكون ذلك وما أشبهه من النهى والكراهة فيمن يعلقها ، وهو يرى تمام العافية ، وزوال العلة بهــا ، على ما كانت عليه الجاهلية ، وأما من يعلقها متبركا بذكر الله تعالى فيها ، وهو يعلم أن لا كاشف له إلا الله ولا دافع عنه سواه ، فلا بأس بها إن شاء الله تعالى •

ثم روى البيهقى بإسناده عن عائشة رضى الله عنهـا قالت (ليست التميمة ما يعلق قبل البلاء ، إنمـا التميمة ما يعلق بعد البـلاء لتدفع به المقادير) وفى رواية عنها قالت (التمائم ما علق قبل نزول البلاء ، وما علق بعد نزول البلاء فليس بتميمة) قال البيهقى : هذه الرواية أصح ، ثم روى بإسناد صحيح عنها قالت : (ليس بتميمة ما علق بعد أن يقع البلاء) قال البيهقى : وهذه الرواية تدل على صحة التى قبلها .

وعن عمران بن الحصين (أنه دخل على النبى ﷺ وفى عنقه حلقة من شعر فقال ما هذه ؟ قال من الواهنة ، قال : أيسرك أن توكل إليها ؟ انبذها عنك) رواه ابن ماجه والبيهقى بإسنادين فى كل منهما من اختلف فيه . وعن ابن مسعود « من علق شيئا وكل إليه » وروى البيهقى بإسناد صحيح عن سعيد بن المسيب أنه كان يأمر بتعليق القرآن ، وقال : لا بأس به ، قال البيهقى هذا كله راجع إلى ما قلنا إنه إن رقى بما لا يعرف ، أو على ما كانت عليه الجاهلية من إضافة العافية إلى الرقى ، لم يجز وإن رقى بكتاب الله أو بما يعرف من ذكر الله تعالى متبركا به وهو يرى نزول الشفاء من الله تعالى فلا بأس به والله تعالى أعلم .

(فـرع) فى النشرة ـ بضم النون وإسكان الشين المعجمة ـ قال الخطابى النشرة ضرب من الرقية والعلاج يعالج من كان يظن به مس من الجن ، قيل : سميت نشرة لأنه ينشرها عنه أى يحل عنـه ما جاء مرة من الداء ، وجاء فى حديث جابر رضى الله عنه قال : (سئل رسـول الله ﷺ عن النشرة فقال : هو من عمل الشيطان) رواه أبو داود بإسناد صحيح ، قال البيهقى : وقد روى عن النبى ﷺ مرسلا قال : وهو مع إرساله أصح ، قال : والقول فيما لا يكره من النشرة وفيما يكره ، كالقول فى الرقية وقد ذكرناه .

(فــرع) فى العين والاغتسال لهــا • عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال (العين حق) رواه البخارى ومسلم • وعن أم ســلمة أن النبى ﷺ رأى فى بيتها جارية فى وجهها سفعة ، فقال (استرقوا لها فإن بها النظرة) رواه البخارى ومسلم وقد سبق بيانه فى فرع الرقى والنظرة العين • وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : (العين[1] حق ، ولو كان شىء سابق القدر سبقته العين • وإذا استغسلتم فاغسلوا) رواه مسلم ، قال العلمــاء : الاستغســال أن يقال للعــائن ــ وهو النــاظر بعينــه بالاستحسان : اغسل داخلة إزارك مما يلى الجلد بماء ، ثم يصب ذلك المــاء على المعين ، وهو المنظور إليه •

وثبت عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : (كان يؤمر العائن فيتوضأ ثم يغتسل منه المعين) رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم • وعن الزهرى عن أبى أمامة سهل بن حنيف ، قال : مر عامر بن ربيعة على سهل بن حنيف وهو يغتسل ، فقال : « لم أر كاليوم ولا جلد محياه[2] فما لبث أن لبط به فأتى النبى ﷺ فقال له أدرك سهلا صريعــا فقال من يتهمون به ؟ قالوا : عامر بن ربيعة فقال علام يقتل أحدكم أخاه ؟ إذا رأى ما يعجبه فليدع بالبركة ، وأمره أن يتوضأ ويغسل وجهه ويديه

---

(١) تاثير العين لا يأباه العلم التجريبى بل تثبته الاكتشافات الحديثة ، فان الاشعاعات الالكترونية والذرية قد تحدث آثارا شديدة بعيدة المدى بدون ان ترى وليس لها جرم ظاهر ولا صلة لها بالعناصر المتأثرة بها ومع ذلك تصل بنفاذها وقوتها ولا تقف دونها أبعاد مكانية او مسافات او دروع فولاذية وكما يقول العلامة ابن القيم من انه يحتمل ان يختص الله بعض الناس بخصائص فى تاثير اعينهم فتخرج منها اجرام لا ترى تؤثر فى العيون . (ط)

(٢) كذا بالاصل فحرر ، قلت وتحريره هكذا قال ابن ماجه : حدثنا هشام بن عمار ثنا سفيان عن الزهرى عن ابى امامة بن سهل بن حنيف قال : مر عامر بن ربيعة بسهل بن حنيف وهو يغتسل فقال : لم ار كاليوم ولا جلد مخباه فما لبث ان لبط به فاتى به النبى ﷺ فقيل له : ادرك سهلا صريعا قال من تتهمون به ؟ قالوا عامر بن ربيعــة قال : علام يقتل احدكم اخاه ؟ اذا رأى احدكم من اخيه ما يعجبه فليدع له بالبركة الخ الحديث . ويلاحظ فروق فى بعض الالفاظ بين الثبت هنا وبين ما اثبتناه نحن فى هذه الحاشية ورواه احمد بزيادات اخرى فى سنده واخرجه ايضا مالك فى الموطأ . (ط)

ومرفقيه وركبتيه وداخلة إزاره ، ويصب الماء عليه » قال الزهري ويكفأ الإناء من حلقه . رواه النسائي في كتابه عمل اليوم والليلة وابن ماجه والبيهقي في سننهما بأسانيد صحيحة .

قال الزهري : الغسل الذي أدركنا علماءنا يصفونه أن يؤتى الرجل العائن بقدح فيه ماء فيمسك له مرفوعا من الأرض فيدخل العائن يده اليمنى في الماء فيصب على وجهه صبة واحدة في القدح ، ثم يدخل يديه جميعا في الماء صبة واحدة في القدح ، ثم يدخل يديه فيتمضمض ثم يمجه ، ثم يدخل يده اليسرى فيغترف من الماء فيصبه على ظهر كفه اليمنى صبة واحدة ، في القدح ، ثم يدخل يده اليسرى فيصب على مرفق يده اليمنى صبة واحدة في القدح ، وهو ثان يده إلى عنقه ثم يفعل مثل ذلك في مرفق يده اليسرى ، ثم يفعل مثل ذلك في ظهر قدمه اليمنى من عند الأصابع واليسرى كذلك ، ثم يده اليسرى فيصب على ركبته اليمنى ، ثم يفعل باليسرى مثل ذلك ثم يغمس داخلة إزاره اليمنى في الماء ، ثم يقوم الذي في يده القدح بالقدح فيصبه على رأس المعين من ورائه ثم يكفأ القدح على وجه الأرض من ورائه . وذكر البيهقي عن الزهري من طرقه زاد في بعضها : ثم يعطى ذلك الرجل الذي أصابه القدح فيحسو منه ويتمضمض ، ويهريق على وجهه ، ثم يصب على رأسه ، ثم يكفأ القدح على ظهره قال البيهقي قال أبو عبيد : إنما أراد بداخلة الإزار طرف إزارة الداخل الذي يلي جسده والله أعلم .

(فصل في الجبن) أجمعت الأمة على جواز أكل الجبن ما لم يخالطه نجاسة ، بأن يوضع فيه أنفحة ذبحها من لا يحل ذكاته فهذا الذي ذكرناه من دلالة الاجماع هو المعتمد في إباحته ، وقد جمع البيهقي فيه أحاديث كثيرة (منها) حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ (أتى بجبن في تبوك فدعا بسكين فسمى وقطع) رواه أبو داود باسناد ضعيف ، وعن

ابن عباس أن رسول الله ﷺ (لما فتح مكة رأى جبنة فقال : ما هذا ؟ فقالوا هذا طعام يصنع بأرض العجم ، فقال رسول الله ﷺ ضعوا فيه السكين واذكروا اسم الله وكلوا) رواه البيهقى بإسناد فيه ضعف وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : (الجبن من اللبن واللبا فكلوا ، واذكروا اسم الله عليه ، ولا يغرنكم أعداء الله) وعن على رضى الله عنه (إذا أردت أن تأكل الجبن فضع الشفرة فيه ، واذكر اسم الله عز وجل عليه وكل) وروى البيهقى نحوه عن عائشة وأم سلمة قال : وروى عن سلمان الفارسى ، ثم روى البيهقى فى باب ما يحل من الجبن عن عمر رضى الله عنه قال (كلوا الجبن ما صنعه أهل الكتاب) وفى رواية (ولا تأكلوا من الجبن إلا ما صنعه أهل الكتاب) وعن ابن مسعود (كلوا من الجبن ما صنعه المسلمون وأهل الكتاب) وعن ابن عمر مثله •

قال البيهقى : وهذا التقييد لأن الجبن يعمل بأنفحة السخلة المذبوحة ، فإذا كانت من ذبائح المجوس لم تحل • وعن ابن عمر أنه سئل عن السمن والجبن فقال (سم وكل ، فقيل له إن فيه ميتة ، فقال : إن علمت أن فيه ميتة فلا تأكله) قال البيهقى : وقد كان بعض العلماء يسأل عنه تغليبا للطهارة ، وروينا ذلك عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما ، وكان بعضهم يسأل عنه احتياطا • ورويناه عن أبى مسعود الأنصارى قال : « لأن أخر من هذا القصر أحب إلى من أن آكل جبنا لا أسأل عنه » وعن الحسن البصرى قال : (كان أصحاب النبى ﷺ يسألون عن الجبن ولا يسألون عن السمن) وعن أبان بن أبى عياش عن أنس بن مالك قال (كنا نأكل الجبن على عهد رسول الله ﷺ وبعد ذلك لا نسأل عنه) حديث ضعيف ، أبان بن أبى عياش ضعيف متروك •

(فصل) يحل أكل الكبد والطحال بلا خلاف للحديث الصحيح السابق (أحل لنا ميتتان ودمان ، فأما الميتتان فالسمك والجراد والدمان

الكبد والطحال) وقد سبق أنه حديث صحيح من لفظ ابن عمر هكذا ، وأن هذه الصيغة تقتضى رفعه إلى النبى ﷺ ، وروى البيهقى عن زيد بن ثابت قال : (إنى لآكل الطحال وما بى إليه حاجة إلا ليعلم أهلى أنه لا بأس به) وعن عكرمة قال : قال رجل لابن عباس : (آكلُ الطحال ؟ قال : نعم قال : إن عامتها دم ؟ قال : إنما حرم الدم المسفوح) .

(**فصل**) عن مجاهد قال : (كان رسول الله ﷺ يكره من الشاه سبعا : الدم ، والمرار ، والذكر ، والانثيين ، والحيا ، والغدة ، والمثانة ، وكان أعجب الشاة إليه مقدمها) رواه البيهقى هكذا مرسلا وهو ضعيف ، قال : وروى موصولا بذكر ابن عباس وهو حديث [1] قال ولا يصح وصله قال الخطابى : الدم حرام بالإجماع وعامة المذكورات معه مكروهة غير محرمة .

(**فصل**) فيما حرم على بنى إسرائيل ثم ورد شرعنا بنسخه .

اعلم أن الشافعى رضى الله عنه اعتنى بهذا الفصل وبسط الكلام فيه ، وهو مما يحتاج إلى بيانه قال الله تعالى (كل الطعام كان حلا لبنى إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه [2]) الآية ، وقال تعالى (فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم [3]) وقال تعالى : (وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ، ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما ، أو الحوايا ، أو ما اختلط بعظم [4]) قال الشافعى :

---

(١) بياض بالاصل . ويمكن معرفة السقط من السياق ولعله : وهو حديث ضعيف كالمرسل الخ . (ط)

(٢) الآية ٩٣ من سورة آل عمران .

(٣) الآية ١٦٠ من سورة النساء .

(٤) الآية ١٤٦ من سورة الانعام .

الحوايا ما حول الطعام والشراب فى البطن وقال ابن عباس : كل ذى ظفر البعير والنعامة ، وما حملت ظهورهما يعنى ما علق بالظهر من الشحم ، والحوايا المبعر • وبينت الأحاديث الصحيحة أن رسول الله ﷺ قال : (لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا أثمانها) جملوها بالجيم أى أذابوها •

قال الشافعى : فلم يزل ما حرم الله تعالى على بنى إسرائيل من اليهود وغيرهم محرما من حين حرمه حتى بعث الله عز وجل محمدا ﷺ ففرض الإيمان به وأعلم خلقه أن دينه الإسلام الذى نسخ به كل دين قبله ، فقال تعالى : (إن الدين عند الله الإسلام) [1] (ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه ، وهو فى الآخرة من الخاسرين) [2] وقال تعالى : (قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلا الله) [3] الآية ، وأمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية إن لم يسلموا ، وأنزل فيهم : (الذين يتبعون الرسول النبى الأمى الذى يجدونه مكتوبا عندهم فى التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم إصرهم ، والأغلال التى كانت عليهم) [4] قال الشافعى فقيل : معناه أوزارهم وما منعوا مما أحدثوا قبل ما شرع من نبينا محمد ﷺ •

قال الشافعى : فلم يبق خلق يعقل منذ بعث الله عز وجل محمدا ﷺ من جن ولا إنس بلغته دعوته إلاقامت عليه حجة الله تعالى باتباع دينه ، ولزم كل امرىء منهم تحريم ما حرم الله على لسان نبيه ﷺ وإحلال ما أحل

(١) الآية ١٩ من سورة آل عمران •

(٢) الآية ٨٥ من سورل آل عمران •

(٣) الآية ٦٤ من سورة آل عمران •

(٤) الآية ١٥٧ من سورة الاعراف •

الله على لسانه ﷺ قال الشافعى وأحل الله تعالى طعام أهل الكتاب فكان ذلك عند أهل التفسير ذبائحهم ، لم يستثن منها شيئا لا شحما ولا غيره ، فدل على جواز أكل جميع الشحوم من ذبائحهم وذبائح المسلمين ، وفى الصحيحين عن عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قال : (دلى جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت : هذا لى لا أعطى أحـدا منه شيئا ، فالتفت ، فإذا النبى ﷺ يبتسم فاستحييت منه) •

(فـرع) مذهبنا أن الشحوم التى كانت محرمة على اليهود حلال لنـا ليست مكروهة ، وبه قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وجماهير العلماء ، وبعض أصحاب أحمد وهو قول الخرقى منهم ، قال العبدرى : وقال مالك : هى مكروهة ليست محرمة ، وقال ابن القاسم وأشهب وبعض أصحاب أحمد : هى محرمة ، وقيل إنه مروى عن مالك أيضا قال القاضى عياض : هذا قول كبراء أصحاب مالك • دليلنا ما سبق فى الفصل قبله ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) فى بيان ما حرم المشركون من الذبائح ، وبيان أنها ليست محرمة قال الشافعى رحمه الله : حرم المشركون على أنفسهم من أموالهم أشياء بين الله عز وجل أنها ليست محرمة ، كالبحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ، كانوا ينزلونهـا فى الإبل والغنم كالعتق ، فيحرمون ألبانهـا ولحومها وملكها ، وساق الكلام فى ذلك ، والله تعالى أعلم •

باب الصيد والذبائح

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يحل شىء من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد إلا بذكاة لقوله تعالى ـ « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ، والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ماذكيتم وما ذبح على النصب »[1] ويحل السمك والجراد من غير ذكاة لقوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان السمك والجراد » ولأن ذكاتهما لا تمكن فى العادة فسقط اعتبارها).

(الشرح) هذا الحديث سبق بيانه واضحا فى باب الأطعمة وذكرنا أنه من رواية ابن عمر ، وأن الصحيح أن ابن عمر هو القائل « أحلت لنا » وأنه يكون بهذه الصيغة مرفوعا ، والميتة ما فارقت الحياة بغير ذكاة ، وقوله تعالى (وما أهل لغير الله به)[1] أى ما ذبح لضم ونحوه ، وقد سبق بيان هذا واضحا فى باب الأضحية والمؤقوذة المضروبة بعصا ونحوها ، والمتردية التى تسقط من علو فتموت ، والنطيحة المنطوحة ، وقول المصنف : لا يحل شىء من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد إلا بذكاة كلام صحيح ، ولا يرد الصيد الذى قتلته جارحة أو سهم ، فان ذلك ذكاته ، وكذا الجنين فى بطن أمه ، فان ذكاة أمه ذكاة له كما جاء به الحديث ، وقد أوضحه المصنف فى أواخر هذا الباب ، وكذا الحيوان الذى تردى فى بئر أو بئد ، فانه يقتل حيث أمكن وذلك ذكاة له كما ذكره المصنف بعد هذا ، والله أعلم .

وقد أجمعت الأمة على تحريم الميتة غير السمك والجراد ، وأجمعوا على إباحة السمك والجراد ، وأجمعوا أنه لا يحل من الحيوان غير السمك

---

(١) الآية ٣ من سورة المائدة .

والجراد إلا بذكاة أو ما فى معنى الذكاة ، كما ذكرنا ، فلو ابتلع عصفورا حيا فهو حرام بلا خلاف ، وقد سبق بيانه فى الأطعمة • ولو ذكى الحيوان وله يد شلاء فهل تحل بالذكاة ؟ فيه وجهان (الصحيح) الحل (والثانى) أنها ميتة فلا تحل والله أعلم •

أما السمك والجراد فحلال ، وميتتهما حلال بالإجماع ، ولا حاجة إلى ذبحه ولا قطع رأس الجراد ، قال أصحابنا : ويكره ذبح السمك إلا أن يكون كبيرا يطول بقاؤه فوجهان (أصحهما) يستحب ذبحه راحة له (والثانى) يستحب تركه ليموت بنفسه • ولو صاد مجوسى سمكة حلت بلا خلاف ، لأن ميتتها حلال ، ولو ابتلع سمكة حية أو قطع فلقة منها وأكلها أو ابتلع جرادة حية أو فلقة منها فوجهان (أصحهما) يكره ولا يحرم (والثانى) يحرم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، ولو وجدت سمكة فى جوف سمكة فهما حلال كما لو ماتت حتف أنفها ، بخلاف ما لو ابتلعت عصفورا أو غيره فوجد فى جوفها ميتا ، فانه حرام بلا خلاف ، ولو تقطعت سمكة فى جوف سمكة وتغير لونها لم تحل على أصح الوجهين لأنها كالروث والقىء ، ولو قلى السمك قبل موتها وطرحها فى الزيت المغلى وهى تضطرب ، قال الشيخ أبو حامد : لا يحل فعله ، لأنه تعذيب ، وهذا تفريع على اختياره فى ابتلاع السمكة حية أنه حرام ، فان قلنا بكراهة ذلك فلا يحرم ، فكذا هذا •

(وأما) السمك الصغار الذى يقلى ويشوى ولا يشق جوفه ، ولا يخرج ما فيها ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يحل أكله ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، لأن روثه نجس (والثانى) يحل ، وبه قال القفال ، وصححه الفورانى وغيره ، قال الرويانى : وبه أفتى قال : ورجيعه طاهر عندى ، واحتج له غيره بأنه يعتد ببيعه ، وقد جرى الأولون على المسامحة •

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا إباحة ما صاده المجوسى من السمك

ومات فى يده ، وهكذا الجراد (فأما) السمك فمجمع عليه (وأما) الجراد فوافقنا عليه الأوزاعى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق وجمهور العلماء ، قال الليث ومالك : لا يؤكل ما صاده من الجراد ، بخلاف السمك ، وفرقهما ضعيف ، دليلنا حديث : « أحلت لنا ميتتان » .

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا إباحة ميتات السمك ، سواء الذى مات بسبب والذى مات حتف أنفه ويسمى الطافى وبه قال جمهور العلماء ، خلافا لأبى حنيفة وطائفة ، وقد سبقت المسألة مبسوطة بأدلتها فى باب الأطعمة .

(وأما) الجراد فتحل ميتته سواء مات بسبب أو حتف أنفه ولا يشترط قطع رأسه . هذا مذهبنا ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء . قال العبدرى : هو قول محمد بن الحكم والأبهرى المالكيين ، وعامة العلماء ، وقال مالك : لا تحل إلا إذا مات بسبب بأن يقطع بعضه أو يسلق أو يشوى أو يقلى حيا ، وإن لم يقطف رأسه ، قال : فان مات حتف أنفه أو فى وعاء لم يؤكل وهذا رواية عن أحمد ، والصحيح عندنا ما قدمناه ، دليلنا ما ذكره المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والافضل ان يكون المذكى مسلما ، فإن ذبح مشرك نظرت — فإن كان مرتدا او وثنيا او مجوسيا لم يحل لقوله تعالى : «وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم »(١) وهؤلاء ليسوا من اهل الكتاب ، وإن كان يهوديا او نصرانيا من العجم حل للآية الكريمة ، وإن كان من نصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب لم يحل ، لما روى عن عمر رضى الله عنه قال : « ما نصارى العرب بأهل كتاب لا تحل لنا ذبائحهم » وعن على بن ابى طالب رضى الله عنه انه قال : « لا تحل ذبائح نصارى بنى تغلب » ولانهم دخلوا فى النصرانية بعد

---

(١) من الآية ٥ من سورة المائدة .

التبديل ، ولا يعلم هل دخلوا فى دين من بدل منهم ؟ او فى دين من لم يبدل منهم؟ فصاروا كالمجوس ، لما أشكل أمرهم فى الكتاب لم تحل ذبائحهم .

والمستحب ان يكون المذكى رجلا لانه اقوى على الذبح من المرأة ، فإن كانت امرأة جاز ، لمـا روى كعب بن مالك « ان جارية لهم كسرت حجـرا فذبحت به شاة ، فسأل النبى ﷺ فأمر بأكلها » ويستحب أن يكون بالغا لأنه اقدر على الذبح ، فإن ذبح صبى حل ، لمـا روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال : « من ذبح من ذكر أو انثى أو صغير أو كبير وذكـر اسم الله عليه حل » ونكره ذكاة الأعمى لأنه ربما أخطأ المذبح ، فإن ذبح حـل ، لأنه لم يفقد فيه إلا النظر وذلك لا يوجب التحريم ، ويكره ذكاة السكران والمجنون ، لأنه لا يؤمن ان يخطىء المذبح ويقتل الحيوان ، فإن ذبح حل ، لأنه لم يفقد فى ذبحهما إلا القصد والعلم ، وذلك لا يوجب التحريم كما لو ذبح شاة وهو يظن انه يقطع حشيشا) .

(**الشرح**) حديث كعب بن مالك رواه البخارى وصححه بلفظـه (قوله) وهم بهراء هى ــ بفتح الباء الموحدة ، وإسكان الهاء وبالمد ــ وتنوخ ــ بالتاء المثناة فوق ثم النون ، وخاء معجمة ــ وبنو تغلب ــ بتاء مثناة من فوق مفتوحة وكسر اللام ــ وهى قبائل معروفات ، وفى الفصل مسائل :

(إحداها) الأفضل أن يكون المذكى مسلما ، ويشترط كونه مسلما أو كتابيا ، فتحل ذبيحة الكتابى بالإجماع للآية الكريمة ، وسواء فيـه ما يستحله الكتابى وما لا يستحله وحقيقة الكتابى نبسطها فى كتاب النكاح حيث ذكرها الأصحاب ، ومختصره ما أشار إليه المصنف أنه إن كان يهوديا أو نصرانيا من العجم ، أو ممن دخل فى دينهم قبل النسخ والتبديل ، حلت ذبيحته ، وإن كان من نصـارى العرب وهم تنوخ وبهراء وبنو تغلب أو غيرهم ممن شك فى وقت دخولهم فى دين أهل الكتاب لم تحل ذبائحهم ، لمـا ذكره المصنف ، ولا تحل ذبيحة المرتد ولا الوثنى ولا المجوسى لمـا ذكره المصنف ، وهكذا حكم الزنديق وغيره من الكفار الذين ليس لهم كتاب .

(وأما) المتولد بين كتابى وغيره ، فان كان أبوه غير كتابى والأم كتابية فذبيحته حرام كمناكحته ، وإن كان أبوه كتابيا والأم مجوسية فقولان (أصحهما) حرام (والثانى) حلال ، وهما كالقولين فى مناكحته قال أصحابنا : والمناكحة والذكاة متلازمتان لا يفترقان فمن حلت مناكحته حلت ذبيحته ، ومن لا فلا إلا فى مسألة ، وهى الأمة الكتابية ، فانه تحل ذبيحتها ولا تحل مناكحتها .

وقال أصحابنا : وكما تحرم ذبيحة المرتد والوثنى والمجوسى وغيرهم ممن لا كتاب له يحرم صيده بكلب أو سهم ، ويحرم ما شارك فيه مسلما فلو أمرّ سكينا على حلق ، أو قطع هذا بعض الحلقوم وهذا بعضه ، أو قتلا صيدا بسهم أو كلب ، لم يحل ، ولو رميا سهمين أو أرسلا كلبين — فان سبق سهم المسلم أو كلبه فقتل الصيد أو أنهاه إلى حركة المذبوح — حل كما لو ذبح مسلم شاة ، ثم قدّها المجوسى ، وإن سبق ما أرسله المجوسى أو جرحاه معا أو مرتبا ، ولم يذفف واحد منهما فهلك بهما ، أو لم يعلم أيهما كان ؟ فهو حرام ، لأن الأصل فى الحيوان التحريم حتى تتحقق ذكاة مبيحة .

وقال صاحب البحر : متى اشتركا فى إمساكه وعقره أو فى أحدهما ؟ وانفرد واحد بالآخر ، أو انفرد كل واحد بأحدهما فهو حرام ، ولو كان لمسلم كلبان معلم وغيره ، أو معلمان ذهب أحدهما بلا إرسال فقتلا صيدا فهو كاشتراك كلبى المسلم والمجوسى ، ولو هرب الصيد من كلب المسلم فعارضه كلب مجوسى فرده عليه فقتله كلب المسلم حل ، كما لو ذبح المسلم شاة أمسكها مجوسى ، ولو جرحه مسلم أولا ثم قتله مجوسى أو جرحه جرحا غير مذفف ومات بالجرحين فحرام ، ولو كان المسلم قد أثخنه بجراحته فقد ملكه ، ويلزم المجوسى له قيمته ، لأنه أتلفه بجعله ميتة ، ويحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسى كما تحل ذبيحته بسكينته ، ولو أكره

مجوسى مسلما على ذبح شاة أو محرم حلالا على ذبح صيد ، فذبح حل بلا خلاف . وممن صرح به إبراهيم المروذى فى مسألة الإكراه على القتل والله أعلم .

(المسألة الثانية) تحل ذبيحة المرأة بلا خلاف ، لحديث كعب بن مالك المذكور فى الكتاب ، وذكاة الرجل أفضل من ذكاتها لما ذكره المصنف وسواء كانت المرأة حرة أو أمة طاهرا أو حائضا أو نفساء مسلمة أو كتابية ، فذبيحتها فى كل هذه الأحوال حلال ، نص عليه الشافعى واتفقوا عليه .

(الثالثة) الأفضل أن يكون الذابح بالغا عاقلا ، فان ذبح صبى مميز حلت ذبيحته على المذهب وهو المنصوص ، وبه قطع المصنف والجمهور وحكى إمام الحرمين والغزالى وغيرهما فيه وجهين (الصحيح) الحل (والثانى) التحريم . وأما الصبى الذى لا يميز والمجنون والسكران ففيهم طريقان (أحدهما) القطع بحل ذبائحهم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والمصنف وجمهور العراقيين (والثانى) فيه قولان (أصحهما) الحل (والثانى) التحريم واختاره إمام الحرمين والغزالى وغيرهما لأنه لا قصد له فأشبه من كان فى يده سكين وهو نائم فمرت على حلقوم الشاة فذبحها فانها لا تحل وهذا الطريق مشهور فى كتب العراقيين (والمذهب) الأول ، كمن قطع حلق شاة وهو يظنه خشبة فانها تحل بالاتفاق كما ذكره المصنف وحكى إمام الحرمين فى السكران طريقا آخر قاطعا بحل ذكاته مع إجراء الخلاف فى المجنون تفريعا على أن له حكم الصاحى . قال البغوى : فان كان للمجنون أدنى تمييز وللسكران قصد حلت ذبيحته قطعا وحيث حللنا ذبح المجنون والسكران فهو مكروه كراهة تنزيه كما ذكره المصنف والله أعلم .

(الرابعة) تحل ذكاة الأعمى بلا خلاف ، ولكن تكره كراهة تنزيه ، وفى حل صيده بالكلب والرمى وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين

(أصحهما) التحريم لأنه لا يرى الصيد فلا يصح إرساله (والثانى) يحل كذكاته وقطع بكل واحد من الوجهين طائفة ، وممن قطع بالتحريم صاحب الشامل ، وصححه الرافعى فى كتابيه . قال إمام الحرمين : عندى أن الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حس الصيد ، وبنى إرساله عليه ، وقال الرافعى : الأشبه أن الخلاف مخصوص بما إذا أخبره بصير بالصيد : فأرسل الكلب أو السهم ، وكذا صورهما البغوى ، وأطلق كثيرون الوجهين ، قال الرافعى : ويجريان فى اصطياد الصبى والمجنون والكلب والسهم ، وقيل : يختصان بالكلب ، ويقطع بالحل فى السهم كالذبح (قلت) المذهب حل صيدهما ، قال صاحب البيان : هو المشهور ، وقيل : لا يحل لعدم القصد ، وليس بشىء ، والمراد صبى لا يميز (أما) المميز فيحل اصطياده بالكلب والسهم قطعا كالذبح . ويحتمل على الوجه الشاذ السابق فى الذبح . والله أعلم .

(فرع) الأخرس إن كانت له إشارة مفهومة حلت ذبيحته بالاتفاق ، وإلا فطريقان (المذهب) وبه قطع الأكثرون الحل أيضا (والثانى) أنه كالمجنون ، وبه قطع البغوى والرافعى ، قال الرافعى : ولتكن سائر تصرفاته على هذا القياس .

(فرع) قال فى المختصر : ومن ذبح ممن أطاق الذبح من امرأة حائض أو صبى من المسلمين أحب لى من ذبح اليهودى والنصرانى . قال أصحابنا : أولى الناس بالذكاة وأفضلهم لها الرجل العاقل المسلم ، ثم المرأة المسلمة أولى من الصبى ، ثم الصبى المسلم ، ثم اليهودى والنصرانى ، والنصرانى أولى من المجنون والسكران ، لأنه يخاف منهما قتل الحيوان .

(فرع) ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا حل ذبيحة الصبى والمجنون والسكران وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وأحمد وابن المنذر وداود :

لا تحل ذكاة المجنون والسكران والصبي الذى لا يميز ، ونقل ابن المنذر الإجماع على حل ذكاة المرأة والصبى المميز •

(فــرع) نقل ابن المنذر الإجماع على إباحة مذكاة الأخرس ، ولم يفرق بين فهمه الإشارة وعدمه •

(فــرع) نقل ابن المنذر الاتفاق [حل] ذبيحة الجنب ، قال : وإذا دل القرآن على حل إباحة ذبيحة الكتابى مع أنه نجس ، فالذى نفت السنة عنه النجاسة أولى قال : والحائض كالجنب •

(فــرع) فى ذبيحة الأقلف وهو من لم يختن • مذهبنا أنه حلال ، وبه قال جماهير العلماء ، قال ابن المنــذر : وبه قال عوام أهل العــلم من علماء الأمصار ، قال : وبه نقول قال : وقال ابن عباس : لا يؤكل وهو إحدى الروايتين عن الحسن البصرى • واحتج ابن المنــذر والأصحاب بعموم قول الله تعالى : « فكلوا مما ذكر اسم الله عليه »[1] وبأن الله تعالى أباح ذبائح أهل الكتاب ، ومنهم الأقلف فالمسلم أولى •

(فــرع) مذهبنا إباحة أكل ذبيحة السارق والغاصب وســائر من تعدى بذبح مال غيره لصاحبها ، ومن أذن له صاحبها وبه قال الزهرى ويحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة ومالك وأبو حنيفة والجمهور ، وقال طاوس وعكرمة وإسحق بن راهويه : يكره •

(فــرع) ذبيحة أهل الكتاب حلال ، سواء ذكروا اسم الله تعــالى عليها أم لا ، لظاهر القرآن العزيز ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وحكاه ابن المنذر عن على والنخعى وحماد بن سليمان وأبى حنيفة وأحمد وإسحق وغيرهم ، فإن ذبحوا على صنم أو غيره لم يحل ، قال ابن المنذر : وقال

---

(١) من الآية ١١٨ من سورة الأنعام •

عطاء . إذا ذبح النصرانى على اسم عيسى فكل قد علم الله أنه سيقول ذلك ، وبه قال مجاهد ومكحول ، وقال أبو ثور : إذا سموا الله تعالى فكل وإن لم يسموه فلا تأكل وحكى مثله عن على وابن عمر وعائشة ، قال ابن المنذر : واختلفوا فى ذبائحهم لكنائسهم ، فرخص فيه أبو الدرداء وأبو أمامة الباهلى والعرباض بن سارية والقاسم بن مخيمرة وحمزة بن حبيب وأبو مسلم الخولانى وعمرو بن الأسود ، ومكحول وجبر بن [1] نفيل والليث بن سعد ، وكرهه ميمون بن مهران وحماد والنخعى ومالك والثورى والليث وأبو حنيفة وإسحق وجمهور العلماء ومذهبنا تحريمه وقد سبق ذلك فى باب الأضحية ، وقالت عائشة : لا تأكله .

(فــرع) ذكرنا أن مذهبنا تحريم ذكاة نصارى العرب بنى تغلب وتنوخ وبهراء ، وبه قال على بن أبى طالب وعطاء وسعيد بن جبير ، وأباحها ابن عباس والنخعى والشعبى وعطاء الخراسانى والزهرى والحكم وحمــاد وأبو حنيفة وإسحاق بن راهوية وأبو ثور ، دليلنا ما ذكره المصنف .

(فــرع) ذبائح أهل الكتاب فى دار الحرب حلال كذبائحهم فى دار الإسلام ، وهذا لا خلاف فيه ، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه .

(فــرع) ذبائح المجوس حرام عندنا ، وقال به جمهور العلماء ، ونقله ابن المنذر عن أكثر العلماء ، قال : وممن قال به سعيد بن المسيب وعطاء بن أبى رباح وسعيد بن جبير ومجاهد وعبد الرحمن بن أبى ليلى والنخعى وعبيد الله بن يزيد ومرة الهَمْدانى والزهرى ومالك والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق ، قال ابن المنذر : روينا عن ابن المسيب أنه قال : إذا كان المسلم مريضا وأمر مجوسيا أن يذبح أجزأه ، وقد أســاء ، قال ابن المنذر : واختلفوا فى المجوسى يسمى شيئا لناره فيذبحه مســلم

---

(1) كذا وصوابه جبر بن نوف وهو صدوق يهم من الطبقة الرابعة . (ط)

فكرهه الحسن وعكرمة ورخص فيه ابن سيرين ، قال ابن المنذر : يأكلها المسلم إذا ذبحها مسلم . وسمى الله تعالى عليها •

(فـرع) فى ذبيحة من أحد أبويه كتابى والآخر مجوسى • قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا كان الأب مجوسيا فذبيحة الولد حرام بلا خلاف ، وكذا إن كانت الأم على الأصح • وقال أبو حنيفة يحل فى الصورتين وقال مالك وأبو ثور : له حكم الأب •

(فـرع) ذبيحة المرتد حرام عندنا ، وبه قال أكثر العلمـاء ، منهم أبو حنيفة وأحمد وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وكرهها الثورى ، قال ابن المنذر : وكان الأوزاعي يقول فى هذه المسألة معنى قول الفقهاء ان من تولى قوما فهو منهم ، وقال إسحق : إن ارتد إلى النصرانية حلت ذبيحته •

(فـرع) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على حل ذبيحة الصبى والمرأة الكتابيين العاقلين •

(فـرع) فى ذبائح الصابئين والسامرة • قال الشـافعى وجمهور الأصحاب : إن وافقت الصابئون النصارى ، والسامرة اليهود فى أصول العقائد حلت ذبائحهم ومناكحتهم وإلا فلا ، قال ابن المنذر : وأباح عمر بن الخطاب رضى الله عنه ذبائح السامرة ، وقال إسحق بن راهوية : لا بأس بذبائح أهل الصـابئين ، لأنهم أهل كتاب ، وقال ابن عباس ومجـاهد وأبو يوسف : لا يحل قال ابن المنذر : (أما) السامرة فحكمهم ما ذكره الشافعى (وأما) الصابئون فلا تحل ذبائحهم ، لأن الله تعالى عطفهم على اليهود والنصارى بالواو •

(فـرع) ذبائح اليهود والنصارى حلال بنص القرآن والإجمـاع وحكى العبدرى وغيره عن الشيعة أنهم قالوا : لا تحل ، والشيعة لا يعتد بهم فى الإجماع والله أعلم •

(فـرع) قال المتولى وغيره : لو أخبر فاسق أو كتابى أنه ذكى هذه الشاة قبلناه ، وحل أكلها ، لأنه من أهل الذكاة .

(فـرع) لو وجدنا شاة مذبوحة ولم ندر من ذبحها ـ فان كان فى بلد فيه من لا يحل ذكاته كالمجوس ـ لم تحل ، سواء تمحضوا أو كانوا مختلطين بالمسلمين للشك فى الذكاة المبيحة ، والأصل التحريم ، وإن لم يكن فيهم أحد منهم حلت والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يذبح بسكين حاد لمـا روى شداد بن أوس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « إن الله كتب الإحسان على كل شىء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » فإن ذبح بحجر محدد أو ليطة حل ، لمـا ذكرناه من حديث كعب بن مالك فى المرأة التى كسرت حجرا فذبحت بها شاة ، ولمـا روى أن رافع بن خديج قال : « يا رسول الله إنا نرجو أن نلقى العدو غدا وليس معنا مدى ، أفنذبح بالقصب؟ فقال رسول الله ﷺ : ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ، ليس السن والظفر ، وسأخبركم عن ذلك أما السن فعظم ، وأما الظفر فمدى الحبشة » فإن ذبح بسن أو ظفر لم يحل لحديث رافع بن خديج) .

(الشرح) حديث شداد بن أوس رواه مسلم ، وحديث رافع رواه البخارى ومسـلم ، وينكر على المصنف روى بصيغة التمريض ، مع أنه حديث صحيح ، وقوله ﷺ « فأحسنوا القتلة والذبحـة » هو ـ بكسر القاف والذال ـ أى هيئة القتل والذبح ، وليحد بضم الياء وكسر الحاء ـ يقال أحد السكين وحددها واستحدها ، كله بمعنى ، والمدى ـ بضم الميم وفتح الدال ـ وهو جمع مدية ـ بضم الميم وكسرها وفتحها ساكنة الدال ـ وهى السكين ، سميت مدية لأنها تقطع مدى حياة الحيوان ، وسـميت السكين سكينا لأنها تسكن حركة الحيوان وفيها لغتان التذكير والتأنيث

(قوله) ليطه ـــ بكسر اللام وإسكان المثناة تحت وبطاء مهملة ـــ وهى القشرة الرقيقة للقصبة ، وقيل مطلق قشرة القصبة ، والجماعة ليط (وقوله) ﷺ « ما أنهر الدم » أى أساله (وقوله) « ﷺ ليس السن والظفر » هما منصوبان بليس (وقوله) ﷺ (أما السن فعظم) معناه فلا يجوز به ، لأنه متنجس بالدم ، وقد نهيتم عن تنجيس الروث والعظام فى الاستنجاء لكونهما زاد إخوانكم من الجن (وأما) الظفر فمدى الحبشة وهم كفار (وقد نهيتم عن التشبه بالكفار) والله أعلم .

(اما الاحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) السنة تحديد السكين لما ذكره المصنف ، ويستحب إمرارها بقوة وتحامل ذهابا وعودا ليكون أوحى وأسهل ، فلو ذبح بسكين كالة كره وحلت الذبيحة ونقل ابن المنذر أنه يكره أن يحدد السكين والشاة تنظر السكين وأن يذبح الشاة والأخرى تنظر وكذا قاله أصحابنا ، قالوا : ويستحب أن تساق إلى المذبح برفق وتضجع برفق ويعرض عليها الماء قبل الذبح .

(المسألة الثانية) قال الشافعى والأصحاب : لا تحصل الذكاة بالظفر والسن ولا بسائر العظام ، وتحصل بما سوى ذلك من جميع المحددات ، سواء كانت من الحديد كالسيف والسكين والسهم والرمح ، أو من الرصاص أو النحاس أو الذهب أو الفضة أو الخشب المحدد أو القصب أو الزجاج أو الحجر أو غيرها ولا خلاف فى كل هذا عندنا ، ويحل الصيد المقتول بجميع هذه المذكورات سوى الظفر والسن وسائر العظام (وأما) الظفر والسن وسائر العظام فلا تحل بها الذكاة ولا الصيد بلا خلاف ، سواء كان الظفر والسن من آدمى أو غيره وسواء المتصل والمنفصل ، وسواء كان من حيوان مأكول أو غيره ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقال

صاحب الحاوى : قال الشافعى : أكره بالعظم الذكاة ولا يبين لى أن أحرم لأنه لا يقع عليه اسم سن ولا ظفر ، قال : اعتبر الشافعى فى التحريم الاسم فأجازه بالعظم لخروجه عن الاسم وكرهه لأنه فى معناه ، قال : وفيه عندى نظر ، لأن النبى ﷺ علل المنع من السن بأنه عظم ، هذا نقله وهو شاذ ضعيف وحكى الرافعى وجها شاذا باطلا أن عظم المأكول تحصل به الذكاة . وهذا غلط ، ولو ركب عظم على سهم وجعل نصلا له فقتل به صيدا لم يحل ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الرافعى قولا أنه يحل وهو شاذ مردود .

(الثالثة) لو أراد الذكاة بمثقل فأثر بثقله دقا أو خنقا لم يحل وكذا لو كان مثقلا فقتله بثقله لم يحل بل لابد من الجرح ، ولو ذبحه بحديدة لا تقطع وتحامل عليها حتى أزهقه لم يحل لأن القطع هنا بقوة الذابح واعتماده الشديد لا بالآلة والله أعلم .

(فرع) اعلم أنه ينكر على المصنف قوله فى التنبيه : يجوز الذبح بكل ما له حد يقطع إلا السن والظفر . وهذا اللفظ يقتضى جواز الذبح بالعظام المحددة سوى السن ، وهذا لا يجوز بلا خلاف كما سبق ، وكان حقه أن يقول إلا العظم والظفر ، أو إلا الظفر والسن وسائر العظام ، وعبارته فى المهذب أجود ، ومع هذا فأهمل فيه بيان منع الذبح بالعظم (فان قيل) لعله اقتصر على موافقة الحديث (قلنا) : (أما) فى المهذب فله فى هذا بعض العذر (وأما) فى التنبيه فلا عذر له ولا جواب عنه ، لأنه لم يذكر الحديث حتى يستنبط منه (وأما) الحديث فليس فيه إيهام بأنه منصوص فيه على العلة فى السن ، وهو كونه عظما ففهمنا منه أن كل ما انطلق عليه اسم العظم لا تحل الذكاة به .

(فرع) لو ذبح بسكين مغصوب أو مسروق أو كال وقطع الحلقوم والمرىء كره ذلك وحلت الذبيحة بلا خلاف عندنا ، قال العبدرى : وبه

قال العلماء كافة إلا داود فقال : لا تحل ، وهو رواية عن أحمد لقوله ﷺ (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) رواه مسلم بهذا اللفظ من رواية عائشة رضى الله عنها ، فيصير كأنه لم يوجد ذبح • واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (إلا ما ذكيتم)[1] وبقوله ﷺ فى الحديث المذكور قريبا : (ما أنهر الدم) والجواب عن حديث : (من عمل عملا) أنه يقتضى تحريم فعله ولايلزم منه إبطال الذكاة ، ولهذا لو ذبح بسكين حلال فى أرض مغصوبة أو توضأ بماء فى أرض مغصوبة فانه تحصل الذكاة والوضوء بالإجماع •

(فرع) فى مذاهب العلماء بما تحصل به الذكاة ذكرنا أن مذهبنا حصوله بكل محدد إلا الظفر والسن وسائر العظام ، وبه قال النخعى والحسن بن صالح والليث وفقهاء الحديث وأحمد وإسحق وأبو داود وأبو ثور وداود والجماهير وهو رواية عن مالك • وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا يجوز الذبح بالظفر والعظم المتصلين ، ويجوز بالمنفصلين ، وهو رواية عن مالك ، وحكى ابن المنذر عن مالك أنه قال : تحصل الذكاة بكل شىء حتى بالسن والظفر ، ونحوه عن ابن جريج وحكى العبدرى عن ابن القصار المالكى أن الظاهر من مذهب مالك إباحة الذكاة بالعظم ومنعه بالسن ، قال ابن القصار : وعندى تحصل الذكاة بهما ، وعن ابن جريج قال : تذكى بعظم الحمار ، ولا تذكى بعظم القرد ، لأن الحمار تصلى عليه وتسقيه فى خفك وهذا مذهب فاسد واستدلال باطل ، ودليلنا حديث رافع والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

والمستحب ان تنحر الإبل معقولة من قيام ، لما روى (ان ابن عمر رضى الله عنهما راى رجلا اضجع بدنة فقال : قياما ، سنة أبى القاسم ﷺ)

---

(1) من الآية ٣ من سورة المائدة •

وتذبح البقر والغنم مضجعة ، لمـــا روى انس رضى الله عنه (ان رسول الله ﷺ ضحى بكبشين اقرنين أملحين ، ذبحما بيده ، ووضع رجله على صفاحهما وسمى وكبر) والبقر كالغنم فى الذبح فكان مثله فى الاضطجاع والمستحب ان توجه الذبيحة إلى القبلة لانه لابد لها من جهة فكانتجهة القبلة أولى، والمستحب ان يسمى الله تعالى على الذبح ، لما روى عدى بن حاتم قال :.(سالت النبى ﷺ عن الصيد فقال : إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله عليه وكل) فإن ترك التسمية لم يحرم ، لمـــا روت عائشة رضى الله عنها (ان قوما قالوا : يا رسول الله إن قوما من الأعراب ياتون باللحم لا ندرى اذكروا اسم الله تعالى عليه أم لا؟ فقال رسول الله ﷺ : اذكر اسم الله تعالى عليه وكل) .

والمستحب ان يقطع الحلقوم والمرىء والودجين ، لأنه اوحى واروح للذبيحة فإن اقتصر على قطع الحلقوم والمرىء اجزاه ، لأن الحلقوم مجرى النفس ، والمرىء مجرى الطعام ، والروح لا تبقى مع قطعهما ، والمستحب أن ينحر الإبل ويذبح البقر والشاة ، فإن خالف ونحر البقر والشاة وذبح الإبل اجزاه ، لأن الجميع موت(١) من غير تعذيب ، ويكره ان يبين الراس وأن يبالغ فى الذبح إلى ان يبلغ النخاع ، وهو عرق يمتد من الدماغ ، ويستبطن الفقار إلى عجب الذنب لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه ((نهى عن النخع)) ولأن فيه زيادة تعذيب فإن فعل ذلك لم يحرم لأن ذلك يوجد بعد حصول الذكاة . وإن ذبحه من قفاه فإن بلغ السكين الحلقوم والمرىء — وقد بقيت فيه حياة مستقرة — حل ، لأن الذكاة صادفته وهو حى ، وإن لم يبق فيه حياة مستقرة إلا حركة مذبوح لم يحل ، لأنه صار ميتا قبل الذكاة ، فإن جرح السبع شاة فذبحهـــا صاحبها وفيها حياة مستقرة حلت ، وإن لم يبق فيها حياة مستقرة لم تحل لما روى (ان النبى ﷺ قال لأبى ثعلبة الخشنى : وإن رد عليك كلبك غنمك(٢) وذكرت اسم الله عليه ، وادركت ذكاته فذكه ، وإن لم تدرك ذكاته فلا تاكله) والمستحب إذا ذبح ان لا يكسر عنقها ، ولا يسلخ جلدها قبل ان تبرد لمـــا روى (ان الفرافصة قال لعمر رضى الله عنه إنكم تأكلون طعاما لا ناكله فقال : وما ذاك يا ابا حسان ؟ فقال : تعجلون الانفس قبل ان تزهق ، فامر عمر رضى الله عنه مناديا ينادى إن الذكاة فى الحلق واللبة لمن قدر ولا تعجلوا الانفس حتى تزهق) .

---

(١) فى بعض النسخ : موح من غير تعذيب) . (ط)

(٢) الفرق هنا واضح بين لفظ الحديث عند المصنف ولفظ الرواية التى ساقها الشارح . الاولى عن رد كلب الحراسة للغنم لصاحبها أو لمراحها فما مات منها ولم يدرك ذكاتها حية فهى حرام ، وما أدرك منها ذكاتها فهى حلال والكلام عن الغنم لا عن الصيد . (ط)

(الشرح) أما حديث ابن عمر وحديث أنس وحديث عدى فرواها البخارى ومسلم ، ولفظ روايتى البخارى ومسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما : « ابعثها مقيدة سنة أبى القاسم ﷺ » وحذف منه المصنف مقيدة (وأما) حديث عائشة فصحيح رواه البخارى وآخرون ، وسبق إيضاحه مع غيره مما فى معناه ، فى فرع مذاهب العلماء فى التسمية فى باب الأضحية (وأما) حديث أبى ثعلبة فروى البخارى ومسلم بعضه ولفظهما أن النبى ﷺ قال له : « وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل » (وأما) الأثر عن عمر فصحيح ، صححه ابن المنذر ، وذكره البخارى فى صحيحه عن ابن عمر .

(وقوله) فى حديث ابن عمر : « قياما مقيدة » أى معقولة إحدى الرجلين (وقوله) سنة أبى القاسم ﷺ هو بنصب سنة ، أى الزم سنة أو افعلها ، ويجوز رفعه أى هذه سنة ، والأعراب ــ بفتح الهمزة ــ ساكن البادية ، والمرىء ــ بفتح الميم وآخره همزة ممدودة والروح يذكر ويؤنث ، لغتان ، والنخاع ــ بكسر النون وفتحها وضمها ثلاث لغات حكاهن صاحب المحكم وآخرون ، والنخع بفتح النون وإسكان الخاء ــ وقد فسره المصنف ، قال الأزهرى : النخع للذبيحة أن يعجل الذابح فيبلغ القطع إلى النخاع ، قال ابن الأعرابى : والنخاع خيط أبيض يكون داخل عظم الرقبة ، ويكون ممتدا إلى الصلب ، قال : قال ابن الأعرابى أيضا : هو خيط الفقار المتصل بالدماغ . هذا نقل الأزهرى فى تهذيب اللغة وقال فى شرح ألفاظ المختصر : النخع قطع النخاع وهو الخيط الأبيض الذى مادته من الدماغ فى جوف الفقار كلها إلى عجب الذنب ، وإنما تنخع الذبيحة إذا أبين رأسها ، والفقار ــ بفاء مفتوحة ثم قاف ــ وأما عجب الذنب ــ فبفتح العين وإسكان الجيم ــ وهو أصل الذنب .

(وأما) أبو ثعلبة الخشنى ــ فبضم الخاء ــ وفتح الشين المعجمة وبالنون ــ وسبق بيانه فى كتاب الطهارة (وأما) الفرافصة فبضم الفاء

الأولى ــ وكسر الثانية (وقوله) لا تعجلون الأنفس هو ــ بضم التاء وإسكان العين ــ (قوله) : الحلق واللبة هي ــ بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة ــ وهي الثغرة التي في أسفل العنق .

(اما الاحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) السنة في الإبل النحر ، وهو قطع الحلق أسفل العنق ، وفي البقر والغنم الذبح ، وهو قطع الحلق أعلى العنق والمعتبر في الموضعين قطع الحلقوم والمرىء وحكى صاحب البيان وغيره وجها شاذا أنه يتخير في البقر بين الذبح والنحر ، والصواب الأول ، والخيل كالبقر ، وكذا حمار الوحش وبقره ونحوها ؛ فلو خالف وذبح الإبل ونحر البقر والغنم حلت المذكاة ، وكان تاركا للمستحب ، وهل هو مكروه ؟ فيه قولان (الصحيح) المشهور لا يكره ، لأن المكروه هو ما ورد فيه نهي (والثاني) يكره .

(الثانية) السنة أن ينحر البعير قائما على ثلاث قوائم ، معقول الركبة ، ويستحب أن تكون المعقولة اليسرى ، فإن لم ينحره قائما فباركا ، والسنة أن تضجع البقرة والشاة على جنبها الأيسر ، وتترك رجلها اليمنى ، وتشد قوائمها الثلاث ، وقد صح عن جابر رضي الله عنه « أن النبي ﷺ وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليسرى ، قائمة على ما بقي من قوائمها » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم ، والخيل والصيود كالبقر والغنم .

(الثالثة) قال أصحابنا : يستحب أن يتوجه الذابح إلى القبلة ، ويوجه الذبيحة إليها ، وهذا مستحب في كل ذبيحة ، وهو في الأضحية والهدي أشد استحبابا ، لأن الاستقبال مستحب في القربات ، وفي كيفية توجيهها ثلاثة أوجه سبقت في باب الأضحية (أصحها) يوجه مذبحها

إلى القبلة . ولا يوجه وجهها ليمكنه هو أيضا الاستقبال (والثانى) يوجهها بجميع بدنها (والثالث) يوجه قوائمها .

(الرابعة) يستحب أن يسمى الله تعالى عند الذبح وعند إرسال الكلب أو السهم إلى الصيد . فلو ترك التسمية عمدا أو سهوا حلت الذبيحة والصيد ، لكن فى تركها عمدا ثلاثة أوجه (الصحيح) أنه مكروه (والثانى) لا يكره (والثالث) يأثم به ، وقد سبقت المسألة مبسوطة بفروعها الكثيرة مع ما يتعلق بها مع بيان مذاهب العلماء بأدلتها فى باب الأضحية . قال الشافعى فى الأم والأصحاب : وتستحب الصلاة على النبى ﷺ عند الذبح وفيه وجه شاذ لأبى على ابن أبى هريرة أنها لا تستحب ، ولا تكره . والمذهب الأول .

(الخامسة) فى حقيقة الذبح . وقد لخصه الرافعى رحمه الله وجمع فيه متفرقات كلام الأصحاب وهذبها وهو كما قال ، قال : الذبح الذى يباح به الحيوان المقدور عليه إنسيا كان أو وحشيا ، أضحية كان أو غيرها ، هو التدقيق بقطع جميع الحلقوم والمرىء ، من حيوان فيه حياة مستقرة ، بآلة ليست عظما ولا ظفرا ، فهذه قيود (أما) القطع فاحتراز مما لو اختطف رأس عصفور وغيره بيد أو ببندقة ونحوها فانه ميتة (وأما) الحلقوم فهو مجرى النفس خروجا ودخولا ، والمرىء مجرى الطعام والشراب وهو تحت الحلقوم ووراءهما عرقان فى صفحتى العنق يحيطان بالحلقوم ، وقيل : يحيطان بالمرىء ، يقال لهما : الودجان ، ويقال للحلقوم والمرىء معهما الأوداج .

ويشترط لحصول الذكاة قطع الحلقوم والمرىء ، هذا هو المذهب الصحيح المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور . وفيه وجه لأبى سعيد الإصطخرى أنه يكفى قطع أحدهما لأن الحياة لا تبقى بعده قال الأصحاب :

هذا خلاف نص الشافعي وخلاف مقصود الذكاة وهو الإزهاق بما يوحى[1] ولا يعذب ، ويستحب أن يقطع الودجين مع الحلقوم والمرىء لأنه أوحى والغالب أنهما يقطعان بقطع الحلقوم والمرىء ، فلو تركهما جاز لحصول المقصود بالحلقوم والمرىء قال أصحابنا : ولو ترك من الحلقوم والمرىء شيئا ومات الحيوان فهو ميتة ، وكذا لو انتهى إلى حركة المذبوح فقطع بعد ذلك المتروك فهو ميتة وحكى الماوردى والشاشى وغيرهما وجها أنه إذا بقى من الحلقوم أو المرىء شيء يسير لا يضر بل تحصل الذكاة واختاره الرويانى فى الحلية • والمذهب الأول •

قال أصحابنا : ولو قطع من القفا حتى وصل الحلقوم من المرىء عصى لزيادة الإيلام ، ثم ينظر إن وصل إلى الحلقوم والمرىء وقد انتهى إلى حركة المذبوح لم يحل بقطع الحلقوم والمرىء بعد ذلك ، فإن وصلهما وفيه حياة مستقرة فقطعهما حل ، كما لو قطع يده ثم ذكاه قال إمام الحرمين : ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المرىء : ولكن لما قطع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح ، لما ناله من قبل بسبب قطع القفا ، فهو حلال لأن أقصى ما وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح • قال أصحابنا : والقطع من صفحة العنق كالقطع من القفا ، قالوا : ولو أدخل السكين فى أذن الثعلب ليقطع الحلقوم والمرىء من داخل الجلد ففيه هذا التفصيل ، ولو أمر السكين ملتصقا باللحيين فوق الحلقوم والمرىء ، وأبان الرأس ، فليس هو بذبح ، لأنه لم يقطع الحلقوم والمرىء •

وأما كون التدقيق حاصلا بقطع الحلقوم والمرىء ، ففيه مسألتان :

(إحداهما) لو أخذ الذابح فى قطع الحلقوم والمرىء ، وأخذ آخرون

---

(١) الايحاء هنا يعنى السرعة فلا يعمل بتردد ولا اضطراب يؤديان الى البطء الذى يفضى الى تعذيب المذكى • المطيعى

فى نزع خيشومه أو نخس خاصرته لم يحــل . لأن التدقيق لم يتمحص للحلقوم والمرىء ، وسواء كان ما تحرى به قطع الحلقوم مما يدقق (١) ولو انفرد أو كان يعين على التدقيق ، ولو اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها ، بأن كان يجرى سكينا من القفا وسكينا من الحلقوم حتى التقتا فهى ميتة بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة إلى وصول السكين المذبح •

(المسألة الثانية) يجب أن يشرع الذابح فى القطع ، ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح ، هكذا قاله إمام الحرمين وغيره ، قال الرافعى : وهذا قد يخالف ما سبق أن المتعبد به كون الحياة مستقرة عند الابتداء ، قال : فيشبه أن يكون المقصود هنــا إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح ، وهناك إذا لم يتحقق الحال ، هــذا كلام الرافعى ، وهذا الذى قاله خلاف ما ســبق تصريح الإمام به : بل الجواب أن هذا مقصر فى التأنى لم تحل ذبيحتــه بخلاف الأول ، فانه لا تقصير فى حقه ، ولو لم يحلله أدى إلى حرج والله أعلم •

وأما كون الحيوان عند القطع فيه حياة مستقرة ففيه صور (إحداها) لو جرح السبع شاة أو صيدا ، أو انهدم سقف على بهيمة ، أو جرحت هرة حمامة ثم أدركت حية فذبحت ، فان كان فيها حياة مستقرة حلت وإن تيقن هلاكها بعد يوم ويومين لمــا ذكره المصنف ، وإن لم يكن فيها حياة مستقرة لم يحل ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وحكى قول أنها تحل فى الحالين ، وقول أنها لا تحل فى الحالين ، والصواب الأول قال أصحابنا : وهذا بخلاف الشاة إذا مرضت وصارت إلى أدنى رمق فذبحت ، فانها تحل بلا خلاف ، لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه ، وقد ذكر صاحب البيان المسألة وأوهم فيها خلاف الصواب ؛ قال : إذا أشرفت المريضة

---

(١) هكذا أورد فى جميع النسخ ولعله التذفيف وحرفت الفاء الموحدة قافا مثناة وكل ما ورد بلفظ التدقيق انما صوابه التذفيف . (ط)

على الموت لم تحل بالذكاة ، قال : وحكى صاحب الفروع عن أبى على ابن أبى هريرة أنها ما دامت تضرب بذنبها وتفتح عينها حلت بالذكاة قال : وهذا ليس بشيء لأن الحياة فيها غير مستقرة ، وإنما حركتها حركة مذبوح . هذا كلامه : والمذهب ما سبق ، ولو أكلت الشاة نباتا مخضرا فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت قال القاضى حسين مرة : فى حلها وجهان وجزم مرة بالتحريم لأنه وجد سبب يحال الهلاك عليه فصار كجرح السبع .

(فرع) كون الحيوان منتهيا إلى حركة المذبوح أو فيه حياة مستقرة ، تارة يستيقن ، وتارة يظهر بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة ، وشبهه الأصحاب بعلامات الخجل والغضب ونحوهما . قالوا : ومن أمارات الحياة المستقرة الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرىء وانفجار الدم وتدفقه قال إمام الحرمين : من الأصحاب من قال : كل واحد منهما يكفى دليلا على بقاء الحياة المستقرة قال : والأصح أن كلا منهما لا يكفى لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن وأمارات أخر تفيد الظن أو اليقين؛ فيجب النظر والاجتهاد. هذا كلام الإمام واختار المزنى وطوائف من الأصحاب الاكتفاء بالحركة الشديدة وهو الأصح المختار وحكى البخارى فى صحيحه معناه عن ابن عباس وقد وقعت المسألة مرات فى الفتاوى فكان الجواب فيها أن الحياة المستقرة تعرف بقرائن يدركها الناظر ، ومن علاماتها الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرىء وجريان الدم فاذا حصلت قرينة مع أحدهما حل الحيوان ، والمختار الحل بالحركة الشديدة وحدها . فهذا هو الصحيح الذى نعتمده .

وقد ذكر الشيخ أبو حامد وصاحبا الشامل والبيان وغيرهم أن الحياة المستقرة ما يجوز أن يبقى معه الحيوان اليوم واليومين بأن يشق جوفها ، وظهرت الأمعاء ولم تنفصل ، فاذا ذكيت حلت وهذا الذى ذكره منزل على ما قدمناه والله تعالى أعلم .

وإذا شك فى المذبوح هل كان فيه حياة مستقرة حال ذبحه ؟ أم لا ؟ ففى حله وجهان (أحدهما) الحل لأن الأصل بقاء الحياة (وأصحهما) التحريم للشك فى الذكاة المبيحة والله أعلم (وأما) قولنا فى الآلة : ليست ظفرا ولا عظما فمعناه جواز الذبح بكل ما له حد يقطع إلا العظم أو الظفر وقد سبقت المسألة قريبا واضحة والله أعلم •

(المسألة[1] السادسة) قال أصحابنا رحمهم الله : إذا قطع الحلقوم أو المرىء والودجين استحب أن يقتصر على ذلك ويكره أن يبين رأسه فى الحال ، وأن يزيد فى القطع وأن يكسر عنقها وأن يكسر الفقار ، وأن يقطع عضوا منها وأن يحركها ، وأن ينقلها إلى مكان آخر ، وكل ذلك مكروه بل يتركه كله حتى تفارقها الروح وتبرد • ويستحب أن لا يمسكها بعد الذبح مانعا لها من الاضطراب ، وقد ذكر المصنف أدلة هذه الأمور والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح •

قد ذكرنا أن السنة ذبح البقر والغنم ونحر الإبل فلو خالف وذبح الإبل ونحر البقر والغنم جاز • هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجمهور العلماء قال ابن المنذر : قال بهذا أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة والزهرى والثورى والليث بن سعد وأبو حنيفة وأحمد وإسحق وأبو ثور • وقال مالك : إن ذبح البعير من غير ضرورة أو نحر الشاة من غير ضرورة كره أكلها ، وإن نحر البقر فلا بأس •

قال ابن المنذر : وأجمع الناس على أن من نحر[2] الإبل وذبح البقر

(١) من بقية أحكام الفصل حيث سبق الوصول الى المسألة الخامسة وهى قبل الفرع • المطيعى

(٢) لعله من ذبح الابل ونحر البقر والغنم فهو مصيب • والا فلا معنى لتقرير ما هو حاصل اصل الأمر شرعا والله أعلم •

والغنم فهو مصيب ، قال : ولا أعلم أحدا حرم أكل بعير مذبوح أو بقرة وشاة منحورين ، قال : وإنما كره مالك ذلك كراهة تنزيه ، وقد يكره الإنسان الشيء ولا يحرمه ، وذكر القاضي عياض عن مالك رواية بالكراهة ، ورواية بالتحريم ، ورواية بإباحة ذبح المنحور دون نحر المذبوح ، ونقل العبدري عن داود أنه قال : إذا ذبح الإبل ونحر البقر لم يؤكل ، وهو محجوج بإجماع من قبله وبما ذكره المصنف .

(فرع) في مذاهبهم فيما يشترط قطعه لحصول الذكاة .

قد ذكرنا أن مذهبنا اشتراط قطع الحلقوم والمريء بكمالهما ، وأن الودجين سنة ، وهو أصح الروايتين عن أحمد . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أنه إذا قطع بما يجوز الذبح به وسمى ، وقطع الحلقوم والمريء والودجين وأسال الدم حصلت الذكاة ، وحلت الذبيحة قال : واختلفوا في قطع البعض وكان الشافعي يقول : يشترط قطع الحلقوم والمريء ويستحب الودجين وقال الليث وداود : يشترط قطع الجميع واختاره ابن المنذر . وقال أبو حنيفة إذا قطع ثلاثة من الأربعة حل والأربعة هي الحلقوم والمريء والودجين . وقال أبو يوسف لا[1] لروايات (إحداها) كأبي حنيفة (والثانية) إن قطع الحلقوم واثنين من الثلاثة الباقية حل وإلا فلا (والثالثة) يجب قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين ، وقال محمد ابن الحسن : إن قطع من كل واحد من الأربعة أكثره حل وإلا فلا ، وقال مالك : يجب قطع الحلقوم والودجين ، ولا يشترط المريء ، ونقله العبدري عنه وعن الليث بن سعد ، فيصير عن الليث روايتان ، وعن مالك رواية كاشتراط قطع الأربعة ، وهو قول أبي ثور ، وعن مالك أيضا الاكتفاء بالودجين . دليلنا ما ذكره المصنف .

---

(1) كذا بالأصل ولعله . ثلاث روايات .

(فــرع) إذا ذبح الشاة ونحوها من قفاها ، فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه إن وصل السكين إلى الحلقوم والمرىء . وفيه حياة مستقرة ، حل وإلا فلا . قال العبدرى : وقال مالك وداود : لا تحل بحال . وقال[1] أحمد فيه روايتان (إحداهما) تحل (والثانية) لا تحل إن تعمد ، وقال الرازى الحنفى: قال أصحابنا : إن مات بعد قطع الأوداج الأربعــة حل ، وإلا فلا وحكى ابن المنذر عن الشعبى والثورى والشافعى وأبى حنيفة وإسحاق وأبى ثور ومحمد ، حل المذبوح من قفاه ، وعن ابن المسيب وأحمد منعها .

(فــرع) فى مذاهبهم إذا قطع رأس الذبيحة . مذهبنا أنها إذا ذكيت الذكاة المعتبرة وقطع رأسها فى تمام الذبح حلت ، وحكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن عمر وعمران بن الحصين وعطاء والحسن البصرى والشعبى والنخعى والزهرى وأبى حنيفــة وإسحاق وأبى ثور ومحمــد وكرهها ابن سيرين ونافع . وقال مالك : إن تعمد ذلك لم يأكلها ، وهى رواية عن عطاء .

(فــرع) فى مذاهبهم فى الشاة المنخوعة : قد ذكرنا أن النخع أن يعجل الذابح فيبلغ بالذبح إلى النخاع ، ومذهبنا أن هذا الفعل مكروه والذبيحة حلال ، قال ابن المنذر : وقال ابن عمر : لا تؤكل ، وبه قال نافع وكرهه إسحق . وقال مالك : لا أحب أن يتعمد ذلك ، وكرهت طائفة الفعل وأباحت الأكل ، وبه قال النخعى والزهرى والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، قال ابن المنذر : بقول هؤلاء أقول ، قال : ولا حجة لمن منع أكله بعد الذكاة .

(فــرع) فى مذاهبهم فيما يقطع من الشاة بعد الذكاة قبل أن تبرد . مذهبنا أن الفعل مكروه، والعضو المقطوع حلال ، وبه قال مالك وأبو حنيفة

---

(1) كذا فى جميع النسخ ولعله : وعن أحمد فيه روايتان .

وأحمد وإسحق • قال ابن المنذر : وكره ذلك عطاء : قال : وقال عمرو بن دينار : ذلك العضو ميتة ، وقال عطاء : ألق ذلك العضو •

(فــرع) فى مذاهبهم فى المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة ، وما أكل السبع ــ إذا ذكيت واحــدة من هؤلاء ــ قال العبــد ى من أصحابنا : لها ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يدركها ولم يبق فيها إلا حركة مذبوح فهذه لا تحل عندنا ، وبه قال مالك وأبو يوسف والجمهور ، وعن أبى يوسف رواية أنها إن كانت بحيث تعيش أكثر من نصف يوم حلت •

(الثانية) أن يدركها ، وفيها حياة مستقرة ، ولكن يعلم أنها تموت قطعا فتحل بالذكاة بلا خلاف عندنا • والصحيح عن مالك أنها لا تحل •

(الثالثة) أن يدركهــا وهى بحيث يحتمل أن تعيش ويحتمل أن لا تعيش ، والحياة مستقرة فتحل عندنا • وقال مالك : لا تؤكل • وقال أبو حنيفة وداود : إذا ذكاها قبل أن تموت حلت ولم يفصلا• وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنها لا تحل إلا إن علم أنها تعيش يوما أو أكثر ، وقال محمد ابن الحسن وأحمد : إن كانت تعيش معه اليوم ونحوه حلت ، وإن كانت لا تبقى إلا كبقاء المذبوح ، لم تحل ، هذا نقل العبدرى •

وقال ابن المنذر : روينا عن على رضى الله عنه إن أدركها وهى تحرك يدا أو رجلا فذكاها حلت ، قال : وروى معنى ذلك عن أبى هريرة والشعبى والحسن البصرى وقتادة ومالك ، وقال الثورى : إذا خرق السبع بطنها وفيها الروح فذبحها فهى ذكية ، وبه قال أحمد وإسحق ، قال الليث : إن ركضت عند الذبح فلا بأس بأكلها ، والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهبهم فى نحر الإبل قائمة •

أجمعوا أن الأفضل ذبح البقر والغنم مضجعة (وأما) الإبل فمذهبنا

أنه يسن نحرها قائمة معقولة اليد اليسرى كما سبق ؛ وبه قال العلماء كافة إلا الثورى وأبا حنيفة فقالا : سواء نحرها قائمة وباركة ، ولا فضيلة. وحكى القاضي عياض عن عطاء : أن نحرها باركة معقولة أفضل من قائمة . وهذان المذهبان مردودان بالأحاديث الصحيحة السابقة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الصيد بالجوارح المعلمة كالكلب والفهد والبازى والصقر لقوله تعالى ((احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكن عليكم))(١) قال ابن عباس رضى الله عنهما : هى الكلاب المعلمة والبازى وكل طائر يعلم الصيد ، والمعلم هو الذى إذا ارسله على الصيد طلبه وإذا اشلاه استشلى فإذا أخذ الصيد أمسكه ، وخلّى بينه وبينه ، فإذا تكرر منه ذلك كان معلما ، وحل له ما قتله) .

(الشرح) هذا الأثر عن ابن عباس رواه البيهقى عنه بإسناد ضعيف . لأنه من رواية على بن أبى طلحة عن ابن عباس ولم يدرك ابن عباس وإنما روى التفسير عن مجاهد عن ابن عباس ؛ وقد ضعفه أيضا الأكثرون . قال الشافعى والأصحاب : يجوز الاصطياد بجوارح السباع المعلمة ، كالكلب والفهد والنمر وغيرها ، وبجوارح الطير كالنسر والبازى والعقاب والباشق والشاهين وسائر الصقور وسواء فى الكلاب الأسود وغيره ، ولا خلاف فى شىء من هذا عندنا إلا وجها لأبى بكر الفارسى من أصحابنا أن صيد الكلب الأسود حرام ، حكاه الرويانى والرافعى وغيرهما ؛ وهو ضعيف . بل باطل (وأما) قول الغزالى فى الوسيط فريسة الفهد والنمر حرام فغلط مردود ؛ وليس وجها فى المذهب ، بل لهما حكم الكلب فى الاصطياد بلا خلاف ، نص عليه الشافعى فى مختصر المزنى وجميع الأصحاب فى جميع الطرق ، وكلهم صرحوا بالفهد والنمر وأنها كالكلب ؛ وهذا نص الشافعى

---

(١) الآية ٤ من سورة المائدة وأولها : (يسئلونك ماذا أحل لهم قل :)

رحمه الله فى المختصر قال : كل معلم من كلب وفهد ونمر • وهكذا عبارة جميعهم •

(وأما) استبعاد الغزالى تعلمها فلا يقبل ، لأن الاصطياد بالفهود المعلمة كثير مشهور مشاهد ، والنمر إذا أخذ صغيرا تيسر تعليمه فحصل أنه لا خلاف فى جوازه ، وأن الكلب والنمر فى هذا سواء ، قال الرافعى : ذكر إمام الحرمين أن الفهد يبعد عنه التعليم لأنفته وعدم انقياده ، فإن تصور تعلمه على ندور فهو كالكلب • قال الرافعى : وهذا الذى قاله الإمام لا يخالف ما قاله الشافعى والأصحاب ، قال : وفى كلام الغزالى ما يوهم خلاف هذا قال : وهو محمول على ما ذكره الإمام ،قال : ولا خلاف فيه والله أعلم •

قال أصحابنا : والمراد بجواز الاصطياد بهذه الجوارح أن ما أخذته وجرحته وأدركه صاحبها ميتا أو فى حركة المذبوح ، أو لم يتمكن من ذبحه ، حل أكله ؛ ويقوم إرسال الصائد وجرح الجارح فى أى موضع كان مقام الذبح فى غير الصيد ، قالوا : وأما الاصطياد بمعنى إثبات الملك فلا يختص بها ، بل يحصل بأى طريق تيسر ، سواء كان بكلب معلم أو غير كلب ، ولكن لا يحل ما قتله غير المعلم ، وإنما يحل إذا ذكى ، وفيه حياة مستقرة ، قال أصحابنا : ويشترط لحل ما قتله الجارح كونه معلما ، وشرط تعليمه أربعة أمور : (أحدها) أن ينزجر بزجر صاحبه ، هكذا أطلقه المصنف والجمهور ، وهو المذهب • وقال إمام الحرمين : يعتبر ذلك فى ابتداء الإرسال (وأما) إذا انطلق واشتد عدوه ففى اشتراطه [1] (أصحهما) يشترط كما قاله الجمهور • (الشرط الثانى) [2] أن يسترسل بإرساله ، ومعناه أنه إذا أغرى بالصيد هاج • (الثالث) أن يمسك الصيد فيحبسه على صاحبه ولا يخليه • (الرابع) أن لا يأكل منه ، هذا هو

---

(١) بياض بالأصل ولعله قولان أو وجهان • (ش)
(٢) من الأمور الاربعة وكان الاحرى ان يقول : الأمر الثانى ا • (ط)

المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وهو المعروف من نصوص الشافعي، وفيه قول شاذ أنه لا يضر الأكل حكاه الرافعي وليس بشيء .

وذكر إمام الحرمين أن ظاهر المذهب أنه يشترط أن ينطلق أيضا بانطلاق صاحبه ، وأنه لو انطلق بنفسه لم يكن معلما ، ورآه الإمام مشكلا من حيث إن الكلب على أي صفة كان ، إذا رأى صيدا بالقرب منه وهو على كَلَب الجوع يبعد انكفافه . هذا حكم الكلب وما في معناه من جوارح السباع (وأما) جوارح الطير فيشترط فيها أن تهيج عند الإغراء أيضا ، ويشترط ترك أكلها من الصيد على المذهب وبه قطع المصنف وكثيرون وحكى إمام الحرمين والخراسانيون فيه قولين (قال) الإمام : ولا نطمع في انزجارها بعد الطيران (قال) ويبعد أيضا اشتراط انكفافها في أول الأمر ، والله أعلم .

(فرع) قال المصنف والأصحاب : هذه الأمور المشترطة في التعلم يشترط تكررها ، ليغلب على الظن تأدب الجارحة ، ومصيرها معلمة ؛ والرجوع في عدد ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح ، هذا هو المذهب ، قال الرافعي : وهو مقتضى كلام الجمهور ، وفيه وجه أنه يشترط تكرر ثلاث مرات ، ووجه ثالث أنه يكفي مرتان ، والصحيح الأول .

(فرع) في مذاهب العلماء .

ذكرنا أن مذهبنا جواز الاصطياد بجميع الجوارح المعلمة من السباع والطير ، كالكلب الأسود وغيره ، والفهد والنمر ، والبازي والعقاب والصقور كلها ، قال العبدري : وبهذا قال أكثر الفقهاء (قال) وعن ابن عمر ومجاهد أنهما كرها صيد البازي وغيره من الطيور ، وقال الحسن البصري والنخعي وقتادة وأحمد وإسحق : يجوز بذلك كله إلا الكلب الأسود البهيم ، قال ابن المنذر : قال أحمد : ما أعلم أحدا يرخص فيه إذا كان بهيما ، قال ابن المنذر : وقال عوامُّ أهل العلم من أهل المدينة

وأهل الكوفة بإباحة صيد الكلب الأسود كغيره ، وممن روى عنهم البيهقى جواز أكل صيد الطيور كالصقور : سلمان الفارسى وابن عباس وعطاء وعكرمة وسعيد بن جبير ، حكاه أبو الزناد عن فقهاء المدينة الذين ينتهى إلى قولهم ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وطاوس وعطاء ويحيى بن أبى كثير والحسن البصرى ومالك وأبى حنيفة وأبى ثور ومحمد •

واحتج لابن عمر ومجاهد بقوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) [1] فخصه بالكلاب • واحتج أصحابنا للحسن وموافقيه بحديث جابر « أن النبى ﷺ أمر بقتل الكلاب ، ثم نهى عن قتلها وقال : عليكم بالأسود البهيم ذى النقطتين فإنه شيطان » رواه مسلم فى صحيحه • واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (وما علمتم من الجوارح مكلبين) [1] قالوا : والجوارح تطلق على السباع والطيور • والجارحة الكاسب ، فكل كاسب منها جارحة ، قال الجوهرى فى الصحاح : الجوارح من السباع والطير ذوات الصيد ، وبهذه الحروف قاله ابن فارس فى المجمل وجماهير أهل اللغة ، قال الواحدى فى البسيط : الجوارح هى الكواسب من الطير والسباع ذوات الصيد ، واحدها جارحة ، والكلب الضارى جارحة ، سميت جوارح لأنها كواسب أنفسها ، من جرح واجترح إذا اكتسب ، قال ابن عباس : يريد الطير الصائدة ، والكلاب والفهود وسباع الطير ، كالشواهين والبواشق والعقبان ، فما اصطادت هذه فهو حلال •

قال الواحدى : قال الليث : سئل مجاهد عن الصقر والبازى والفهد وما يصطاد من السباع فقال : هذه كلها جوارح ، قال الواحدى : وهذا قول جميع المفسرين إلا ما روى عن ابن عمر والضحاك أنهما قالا : الجوارح الكلاب دون غيرها ، قالا : وما صاد غير الكلاب ولم يدرك ذكاته لم يحل ، ومثله عن السدى ، قال الواحدى : وهذا قول غير معمول

---

(١) من الآية ٤ من سورة المائدة •

به قال : وقوله تعالى : (مكلبين) للكلب الذى يعلم الكلاب الصيد ، قال الواحدى قال أهل المعانى : وليس فيه دليل على أنه إنما أبيح صيد الكلاب خاصة ؛ لأنه بمنزلة قولك : مؤدبين • هذا آخر نقل الواحدى . فهذا الذى ذكرناه من الاحتجاج بالآية الكريمة هو المعتمد فى الاستدلال مع القياس على الكلب •

(وأما) الحديث الذى احتج به جماعة من أصحابنا ، وهو حديث مجالد عن الشعبى عن عدى بن حاتم أن النبى ﷺ قال : « ما علمت من كلب أو باز ثم أرسلته وذكرت اسم الله فكل مما أمسك عليك ، قلت : وإن قتل؟ قال : إذا قتله ولم يأكل منه شيئا فانما أمسكه عليك » فرواه أبوداود والبيهقى وغيرهما ولكنه ضعيف فإن مجالدا [1] ضعيف باتفاقهم قال البيهقى : ذكر البازى فى هذه الرواية لم يأت به الحفاظ عن الشعبى ، وإنما أتى به مجالد والله أعلم •

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فقد ذكرنا معناها وفى ضمنه الجواب عن احتجاجهم (وأما) الجواب عن حديث الأمر بقتل الكلب الأسود فهو أنه لا يلزم من قتله تحريم صيده ، مع أن القتل منسوخ كما سنوضحه فى باب ما يجوز بيعه إن شاء الله تعالى ، قال ابن المنذر : وقد قال الله تعالى : (وما علمتم من الجوارح مكلبين) [2] وقال النبى ﷺ لعدى : « إذا أرسلت كلبك فأخذه وقتله فكل » قال : فالقول بظاهر الكتاب والسنة واجب . ولا يجوز أن يستثنى منهما إلا بكتاب أو سنة . والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى ضبط تعليم الجارحة •

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يشترط فى مصيره معلما أربعة شروط ، وأنه

---

(١) مجالد بن سعيد بن عمير الهمدانى ليس بالقوى وقد تغير فى آخر عمره من صغار السادسة ا هـ من التقريب ط ،

(٢) من الآية ٤ من سورة المائدة .

يشترط تكرره بحيث يقول أهل الخبرة : إنه صار معلما وأوضحنا ذلك ، ولم يعتبر أصحابنا عدد المرات فى ذلك . بل اعتبروا العرف كما ذكرنا • قال العبدرى : وقال مالك : المعلم الذى يفقه عن مرسله فيأتمر إذا أمره ، وينزجر إذا زجره . ولا يشترط ترك الأكل فيه ، سواء الكلب وغيره • وقال أبو حنيفة يعتبر تكرر ذلك مرتين ، وفى رواية عنه لا تقدير فى التعليم، بل إذا وقع فى نفس صاحبه مصيره معلما حل صيده . وقال أحمد : حده أن يصطاد ولا يأكل . قال : وليس له حد كتعلم الصناعات ، وبهذا قال داود ، وقال أبو يوسف ومحمد : وهو أن يصطاد ثلاث مرات ، ولا يأكل • وحكى ابن المنذر عن ربيعة أنه قال : إذا دعا الكلب فأجاب وزجره فأطاع فمعلم (وأما) الطيور فما أجاب منها إذا دعى فمعلم ، ومثله عن أبى ثور إلا أنه قال : ما لم يأكل ، وحكى ابن المنذر عن بعض العلماء حصول التعلم بمرة •

(فرع) فى مذاهبهم فى اصطياد المسلم بكلب أو طائر علمه مجوسى • مذهبنا أنه حلال ، ويحل ما قتله قال العبدرى : وبه قال الفقهاء كافة ، قال ابن المنذر : وبه قال سعيد بن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور ، وهو أصح الروايتين عن عطاء قال : وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعى والثورى وإسحاق بن راهوية ، وكره الحسن الاصطياد بكلب اليهودى والنصرانى ، وقال أحمد بن حنبل وإسحاق : كلب اليهودى والنصرانى أهون •

(فرع) قال ابن المنذر : روينا عن ابن عباس قال : إذا قتل الكلب الصيد فأكل منه فاضربه حتى يمسك عليك •

(فرع) المعروف فى اللغة أن قولهم أشلى الكلب ، أى استدعاه ، وأما إرساله فيقال فيه : أغراه . واستعمال المصنف له هنا وفى التنبيه على وفق هذا المشهور فى اللغة • وقال الشافعى فى المختصر : كل معلم من كلب

أو فهد أو نمر فكان إذا أشلى استشلى وإذا أخذ حبس ولم يأكل فهو معلم .
هذا لفظه ، قال أصحابنا : اعترض أبو بكر بن داود الظاهرى على قول الشافعى : إذا أشلاه استشلى فقال : يقال : أشلاه إذا دعاه ، وأغراه إذا أرسله ، ولهذا قال الشاعر :

أشليت عيرى ومسحت قعبى

وأجاب أصحابنا عن هذا الاعتراض بأجوبة :

(أحدها) أن الشافعى من أهل اللغة ، ومن فصحاء العرب الذين يحتج بلغتهم كالفرزدق وغيره ، لأنه عربى النسب والدار والعصر . قال الأصمعى : قرأت ديوان [الهذليين] على فتى من قريش يقال له محمد بن إدريس الشافعى قالوا : فيكون أشلى من الأضداد يطلق على الاستدعاء وعلى الإغراء ، ومما يؤيد هذا الجواب ويوضحه أكمل إيضاح أن أبا الحسين أحمد بن فارس المجمع على توثيقه وأمانته فى اللغة قال فى كتاب المجمل : يقال : أشليت الكلب إذا دعوته ، وأشليته أغريته ، قال : قال الأعجم :

أتينا أبا عمرو فأشلى كلابه　　　علينا فكدنا بين بيتيه نؤكل

(الجواب الثانى) أن الإشلاء — وإن كان هو الاستدعاء — فاستعماله هنا صحيح ، وكأنه يستدعيه ليرسله ، فعبر بالإشلاء عن الإرسال ، لأنه يؤول إليه وهو من باب تسمية الشىء بما يصير إليه ومنه (إنى أرانى أعصر[1] خمرا) (والثالث) جواب الأزهرى أن معنى أشلى دعا ، أى أجاب كأنه يدعوه للصيد فيجيبه ويقصد الصيد ، والله سبحانه أعلم .

---

(1) من الآية ٣٦ من سورة يوسف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن أرسل من تحل ذكاته جارحة معلمة على الصيد فقتله بظفره أو نابه او بمنقاره حل أكله ، لما روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « إذا كنت فى أرض صيد فأرسلت كلبك المعلم فاذكر اسم الله تعالى وكل » (وأما) إذا أرسله من لا تحل ذكاته فقتله لم يحل ، لأن الكلب آلة كالسكين ، والمذكى هو المرسل ، فإذا لم يكن من أهل الذكاة لم يحل صيده فإن أرسل جارحة غير معلمة فقتل الصيد لم يحل ، لما روى أبو ثعلبة أن النبى ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك الذى ليس بمعلم فمـا أدركت ذكاته فكل » وإن استرسل المعلم بنفسه فقتل الصيد لم يحل لما روى عدى بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال : « إذا أرسلت كلابك المعلمة فأمسكن عليك فكل ؟ قلت : وإن قتلن ؟ قال : وإن قتلن » فشرط أن يرسل وإن أرسله فقتل الصيد بثقله ففيه قولان (أحدهما) لا يحل ، لأنه آلة للصيد ، فإذا قتل بثقله لم يحل كالسلاح (والثانى) يحل ، لحديث عدى ، ولأنه لا يمكن تعليم الكلب الجرح وإنهار الدم ، فسقط اعتباره كالعقر فى محل الذكاة ، وإن شارك كلبه فى قتل الصيد كلب مجوسى او كلب استرسل بنفسه لم يحل ، لأنه اجتمع فى ذبحه ما يقتضى الحظر والإباحة فغلب الحظر كالمتولد بين ما يؤكل وبين مالا يؤكل ، وإن وجد مع كلبه كلبا آخر لا يعرف حاله ولا يعلم القاتل منهما لم يحل ، لما روى عدى بن حاتم قال : « سألت رسول الله ﷺ فقلت : أرسلت كلبى ووجدت مع كلبى كلبا آخر لا أدرى أيهما أخذه ؟ فقال : لا تأكل ، فإنما سميت على كلبك ، ولم تسم على غيره » ولأن الأصل فيه الحظر ، فإذا أشكل بقى على أصله) .

(الشرح) حديث أبى ثعلبة الأول وحديثه الثانى رواهما البخارى ومسلم بمعناهما ، وحديث عدى الأول وحديثه الثانى رواهما البخارى ومسلم ، وسبق بيان اسم أبى ثعلبة ونسبه فى باب الآنية ، ولغات الظفر فى باب السواك ، وقوله : منقاره ــ بكسر الميم ــ وقوله : بثقله هــو ــ بكسر الثاء ــ وقوله : كالعقر فى محل الذكاة ، يعنى كما يسقط اعتبار العقر فى محل الذكاة ، الذى هو الحلق واللبة .

(اما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) إذا أرسل من تحل ذكاته جارحة معلّمة على صيد فقتله بظفره أو منقاره أو نابه حل أكله بلا خلاف ، لما ذكره المصنف [1] .

وإذا أرسل من لا تحل ذكاته كمرتد أو وثنى أو مجوسى جارحة معلمة فقتل الصيد بظفره أو نابه لم يحل سواء كان علمها مسلم أو مجوسى، هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الأصحاب فى جميع الطرق ، إلا ما شذ به صاحبا العدة والبيان فحكيا وجها أنه يحل ما قتله جارحة المجوسى ، وهذا غلط ظاهر ، إلا أن بعض أصحابنا حكى وجها فى حل مناكحة المجوسى وذبيحته بناء على أن لهم كتابا ، فعلى هذا الوجه يحل صيده كذكاته ، ولعل هذا القائل أراد هذا الوجه ، وكيف كان ، فالصواب أنه لا يحل صيده مطلقا ، ولو اشترك المسلم والمجوسى فى إرسال كلب أو سهم على الصيد ، واشترك كلباهما فى قتله لم يحل ، لما ذكره المصنف .

وإن رميا سهمين أو أرسلا كلبين فسبق كلب المسلم أو سهمه فقتل الصيد أو أنهاه إلى حركة المذبوح حل ، ولا أثر لوقوع سهم المجوسى أو كلبه بعد ذلك فيه ، كما لو ذبح مسلم شاة ثم قدها مجوسى ، وإن سبق ما أرسله المجوسى أو جرحا معا أو مرتبا ، ولم يذفف واحد منهما ، فهلك بهما ، أو لم يعلم أيهما قتله ، لم يحل بلا خلاف ، قال الرويانى : متى اشتركا فى إمساكه وعقره أو فى أحدهما ، وانفرد واحد بالآخر ، أو انفرد كل واحد منهما بأحدهما فهو حرام ولو كان للمسلم كلبان معلم وغيره أو معلمان أرسل أحدهما وذهب الآخر بلا إرسال فقتلا صيدا أو وجد مع كلبه كلبا آخر ، ولم يعلم أيهما القاتل فهو كاسترسال كلبى المسلم والمجوسى ، ولو تقرب الصيد من كلب المسلم فعارضه كلب المجوسى فرده عليه فقتله كلب المسلم حل ، كما لو ذبح مسلم شاة أمسكها مجوسى ،

---

(١) يمكن أن نكون هذه المسألة الخاصة بالمرتد والوثنى والمجوسى وكلب واحد منهم عى « المسألة الثانية » . (ط)

ولو جرحه مسلم أولا ثم قتله مجوسى ، أو جرحه جرحا غير مذفف ومات بالجرحين فحرام ، وإن كان المسلم قد أثخنه بجراحته فقد ملكه ، ويلزم المجوسى قيمته له ، لأنه أتلفه فجعله ميتة ، ولا خلاف عندنا أنه يحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسى ، كما لو ذبح بسكينته أو رمى بسهمه أو قوسه والله أعلم •

(المسألة الثالثة) أرسل المسلم جارحة غير معلمة فقتل الصيد لم يحل بالإجماع وقد سبق بيانه قريبا ، وذكرنا هناك أنه لو جرحه وأدرك فيه حياة مستقرة فذكاه حل ، وإلا فلا •

(الرابعة) لو استرسل المعلم بغير إرسال فقتل الصيد لم يحل ، لما ذكره المصنف ، قال أصحابنا : فلو أكل من هذا الصيد لم يقدح ذلك فى كونه معلما بلا خلاف ، وإنما يقدح فى الأكل على أصح القولين إذا أرسله صاحبه (أما) إذا استرسل فزجره صاحبه فانزجر ووقف ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد فيحل بلا خلاف ، وإن لم ينزجر ومضى لوجهه لم يحل ، سواء زاد عدوه وحدته أم لا ، ولو لم يزجره بل أغراه ، فان لم يزد عدوه فحرام قطعا ، وكذا إن زاد على أصح الوجهين ، وبه قطع أبو حامد وابن الصباغ ، فان كان الإغراء وزيادة العدو بعد ما زجره فلم ينزجر فطريقان (قطع) العراقيون بالتحريم (وقال) الخراسانيون : فيه وجهان مرتبان على الوجهين السابقين وأولى بالتحريم ولو أرسل مسلم كلبا وأغراه مجوسى فازداد عدوه (فإن قلنا) فى الصورة السابقة لا ينقطع حكم الاسترسال ولا يؤثر الإغراء حل هنا ولا أثر لإغراء المجوسى • وإن قطعناه وأحلنا على الإغراء لم يحل هذا • هكذا قاله الجمهور وقطع البغوى بالتحريم واختاره القاضى أبو الطيب لأنه قطع للأول أو مشاركة وكلاهما يحرمه •

ولو أرسل مجوسى كلبا فأغراه مسلم فازداد عدوه فوجهان بناء على عكس ما سبق ومن الأصحاب من قطع هنا بالتحريم • ولو أرسل مسلم

كلبا فزجره فضولى فانزجر ثم أغراه فاسترسل وأخذ صيدا فلمن يكون الصيد ؟ فيه وجهان (أصحهما) للفضولى (والثانى) للمالك كالوجهين فيمن غصب كلبا فاصطاد به ولو زجره فلم ينزجر فأغراه أو لم يزجره بل اغراه وزاد عدوه وقلنا : الصيد للغاصب خرج على خلاف فى الإغراء هل يقطع حكم الابتداء أم لا ؟ (إن قلنا) لا وهو الأصح فالصيد لصاحب الكلب وإلا فللغاصب الفضولى . قال إمام الحرمين : ولا يمنع تخريج وجه باشتراكهما والله أعلم .

(الخامسة) إذا لم يجرح الكلب الصيد بل قتله بثقله وصدمته فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب أنه يحل (والثانى) لا يحل (وأما) إذا كد الجارحة الصيد حتى أتعبه فوقع ميتا من التعب فلا يحل قولا واحدا لأنه مات من غير فعل فأشبه المتردية والله أعلم .

(فرع) تستحب التسمية عند إرسال الجارحة أو إرسال السهم على الصيد استحبابا متأكدا كما ذكرنا فى الذكاة ، فان ترك التسمية عمدا أو سهوا حل الصيد بلا خلاف عندنا ، وسبقت المسألة بفروعها وأدلتها ومذاهب العلماء فيها فى باب الأضحية .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى صيد الكتابى .

مذهبنا أنه يحل صيد الكتابى كما تحل ذبيحته ، فاذا أرسل جارحة معلما أو سهما فقتل صيدا حل ، وبه قال عطاء وأبو حنيفة والليث والأوزاعى وأحمد وابن المنذر وداود وجمهور العلماء . وقال مالك : لا يحل صيده وتحل ذبيحته ، وهذا ضعيف .

(فرع) فى صيد المجوسى بكلبه المعلم وسهمه .

مذهبنا أنه حرام ، قال ابن المنذر : وبه قال جمهور العلماء ، منهم عطاء وسعيد بن جبير والنخعي ومالك والليث والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق وغيرهم ، قال ابن المنذر : وقال أبو ثور : فيهم قولان (أحدهما) كقول الجمهور (والثانى) تحل ذبائحهم ولهم كتاب •

(فـرع) فى مذاهبهم فى الكلب المعلم يسترسل من غير إرسال فيقتل الصيد •

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حرام ، سواء كان صاحبه خرج به للاصطياد أم لا ، وبه قال ربيعة ومالك وأبو حنيفـة وأبو ثور وابن المنذر ، قال العبدرى : هو قول الفقهاء كافة قال : وقال الأصم : يحل ، قال ابن المنذر وقال عطاء والأوزاعى : يؤكل إن كان إخراجه للصيد ، والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهبهم فيما إذا أرسل مسلم كلبه المعلم على صيد رده عليه كلب أرسله مجوسى فقتله كلب المسلم ، فمذهبنا أنه حلال ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : حرام لاشتراكهما ، دليلنـا أن نفس القتل لا شركة فيه ، بل هو مضاف إلى كلب المسلم فأشبه ما إذا أمسك المجوسى حيوانا فذبحه مسلم ، ورمى المسلم سهما ورمى المجوسى سهما فرده سهم المجوسى ولم يصبه ، وأصابه سهم المسلم فقتله ، فانه يحل بالاتفاق •

(فـرع) فى مذاهبهم فيما إذا استرسل الكلب بنفسه فأغراه صاحبه فزاد فى عدوه • قد ذكرنا أن الصحيح عنـدنا أنه لا يحل ما قتله • قال أبو حنيفة وأحمد : يحل وعن أبى حنيفة روايتان كالمذهبين •

(فـرع) إذا قتل الكلب الصيد بثقله من غير جرح فهو حلال عندنا على الأصح كما سبق • وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزنى : حرام •

(فـرع) فى مذاهبهم فيما إذا أرسل كلبه المعلم على صيد فوجد معه كلبا آخر والصيد قتيل : ولا يعلم القاتل ، أو علم أنهما اشتركا فى قتله ، فمذهبنا ومذهب الجمهور أنه حرام ، وممن قال به عطاء والقاسم بن مُخيمرة ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، وحكى ابن المنذر عن الأوزاعى أنهما إذا اشتركا فى قتله وكان الآخر معلمـا حل . دليلنا الحديث المذكور فى الكتاب .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن قتل الكلب الصيد او اكل منه ففيه قولان (احدهما) يحل ، لمـا روى ابو ثعلبة قال : قال رسول الله ﷺ : ((إذا ارسلت كلبك ونكرت اسم الله تعالى فكل ما امسك عليك ، وإن أكل منه)) (والثانى) لا يحل ، لمـا روى عدى بن حاتم ان النبى ﷺ قال : ((إذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما امسكن عليك ، وإن قتلن ، إلا ان ياكل الكلب منه فلا تاكل فإنى اخاف أن يكون إنما امسك على نفسه)) وإن شرب من دمه لم يحـرم قولا واحدا ، لأن الدم لا منفعة له فيه ، ولا يمنع الكلب من شربه فلم يحرم وإن كان الجارحة من الطير فاكل من الصيد فهو كالكلب ، وفيه قولان ، وقال المـزنى : اكل الطير لا يحرم واكل الكلب يحرم ، لأن الطير لا يُضرب على الأكل ، والكلب يُضرب ، وهذا لا يصح ، لأنه يمكن أن يعلَّم الطير ترك الأكل كما يعلم الكلب وإن اختلفا فى الضرب) .

(الشرح) حديث أبى ثعلبة رواه أبو داود ، وإسناده حسن ، وحديث عدى بن حاتم رواه البخارى ومسلم من طرق ، وروى أبو داود فى سننه باسناد حسن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن أعرابيا يقـال له أبو ثعلبة قال : يا رسول الله إن لى كلابا مكلبة فأفتنى فى صيدها ، قال : « فكل مما أمسكن عليك ، قال : وإن أكل منه ؟ قال : وإن أكل منه ») قال البيهقى : حديث أبى ثعلبة مخرج فى الصحيحين من غير ذكر الأكل ، وحديث عدى فى النهى عنه إذا أكل أصح من رواية أبى داود فى الأكل وأصح من حديث عمرو بن شعيب .

(اما الاحكام) : فقال أصحابنا : إذا ثبت كون الكلب أو غيره من جوارح السباع معلّما ثم أكل من صيد قبل قتله أو بعده فى موضعه ، ففى حل ذلك الصيد قولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب تحريمه (والثانى) إباحته ، قال إمام الحرمين : وددت لو فرق فارق بين أن ينكف زمانا ثم يأكل وبين أن يأكل بنفس الأخذ قال : لكن لم يتعرضوا له . هذا كلام الأصحاب وهذا الذى تمناه الإمام قد ذكره الأصحاب ، وهو مشهور ، صرح به جماعة من الأصحاب ، قال صاحب البيان : إذا أكل من الصيد نظرت ـ فان قتله ثم مضى عن الصيد ، ثم رجع إليه ، فأكل منه ـ لم يحرم قولا واحدا وإن أكل منه عقب قتله ففيه قولان هذا لفظه وقال صاحب الشامل : إذا أكل منه عقب القتل ففيه قولان .

وقال الجرجانى فى التحرير : إن أكل الكلب من الصيد غير متصل بالعقر حل ، وإن أكله متصلا بالعقر فعلى قولين . وقال الدارمى : إن أكل منه فقولان سواء أكل قبل قتله أو بعده قال : وقيل : بعد القتل يحل قولا واحدا قال : فان تركه ثم أكل منه بعد وقت حل . وقيل إن أكل منه فى الحياة لم يحل قولا واحدا ، وإن أكل بعد قتله فقولان . هذا كلام الدارمى ، وهذا الذى قالوه متفق فى المعنى ، وحاصله أن القولين مخصوصان بما أكل منه عقب العقر ، فان أكل منه بعد طول الفصل فهو حلال بلا خلاف سواء أكل من غير مفارقة موضعه أم بعد مفارقته ورجوعه والله تعالى أعلم .

واعلم أن هذين القولين مشهوران كما ذكرنا ، قال أصحابنا : نص فى القديم على الإباحة ، وتردد قوله فى الجديد ، وقال الشيخ أبو حامد وجماعة : نص فى القديم على الإباحة وفى الجديد على التحريم جزما ، والصحيح الذى قاله المحققون ، ويجمع به بين كلام الجميع أنه نص فى القديم على الإباحة ، وردد قوله فى الجديد ثم مال فيه إلى التحريم ، وقوله

فأفتى به فحصل قولان ، ولا فرق بين أكله قبل القتل أو عقبه ، هكذا صرح به الجمهور . وذكرنا عن الدارمي طريقين آخرين كما سبق فحصل ثلاث طرق (المذهب) طرد قولين مطلقا (والثاني) إن أكل قبل القتل حرم ، وإن أكل بعده فقولان (والثالث) إن أكل بعد القتل حل ، وإن أكل قبله فقولان ، ثم الصحيح من القولين عند جماهير الأصحاب التحريم ، هكذا صرح بتصحيحهما المحاملى والقاضى أبو الطيب والبغوى والرافعى وخلائق لا يحصون ، ونقل القاضى أبو الطيب فى المجرد عن أصحابنا أجمعين أنهم صححوه وقطع به سليم الرازى وآخرون من أصحاب المختصرات وشذ عنهم الجرجانى فى التحرير فقال : الأصح أنه حلال والصواب تصحيح التحريم ، والله تعالى أعلم .

واحتج من قال بالإباحة بحديث أبى تعلبة ، وأجاب عن حديث عدى بأنه محمول على كراهة التنزيه ، واحتج من قال بالتحريم بقوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم[1]) فاذا أكل منه لم يتيقن أنه أمسك علينا ، ولم يحل لنا إلا ما تيقنا أنه أمسك علينا بحديث عدى قالوا : وهو أصح ، لأنه مشهور فى الصحيحين وغيرهما من طرق متكاثرات ، وحديث أبى ثعلبة لا يقارنه فى الصحة ، وإن كان حسنا ، وتأوله بعض أصحابنا على ما إذا قتل الصيد وفارقه ، ثم عاد فأكل منه فهذا لا يضر كما ذكرنا ، وتأوله الخطابى فى معالم السنن على أن المراد وإن أكل من الصيود الماضية قبل هذا ــ يعنى إذا كان قد صار بعد ذلك معلما وهذا تأويل ضعيف ، والله أعلم .

هذا كله فى جوارح السباع ، كالكلب والفهد والنمر وغيرها (فأما) جوارح الطير فقد نص الشافعى رحمه الله أنها كالسباع على القولين ،

---

(١) من الآية ٤ من سورة المائدة .

وللأصحاب طريقان (أصحهما) وبه قطع جمهورهم أنهـا على القولين كالسباع ، وهذا موافق للنص (والثانى) يحل ما أكلت منه قولا واحدا قاله المزنى وأبو على الطبرى فى الإفصاح وآخرون ، وحكاه جمـاعات من المصنفين قال القاضى أبو الطيب : هـذا الطريق غلط مخالف لنص الشافعى ، وقد ذكر المصنف دليل الطريقين فى الكتاب ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : وإذا قلنـا بتحريم الصـيد الذى أكل ، واشترط استئناف التعليم لفساد التعليم الأول ، قال أصحابنا : ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبل الأكل . وهذا لا خلاف فيـه عندنا ، واتفق أصحابنا على التصريح بأنه لا خلاف فيه عندنا. قال أصحابنا الخراسانيون : ولو تكرر أكله من الصيود بعد ذلك وصار الأكل عادة له حرم الذى أكل منه آخرا ، بلا خلاف ، وفى تحريم باقى الصيود الذى أكل منه قبل الأخير وجهان مشهوران عندهم (أصحهما) التحريم ، قال البغوى : إذا قلنا : لا يحرم ما أكل منه ، فلو تكرر ذلك منه بأن أكل من الصيد الثانى حرم الثانى قطعا ، وفى الأول الوجهان ، ولو لم يأكل من الثانى فأكل من الثالث حرم الثالث ، وفيما قبله الوجهان ، قال الرافعى . وهذا ذهاب من البغوى إلى أن الأكل مرتين يخرجه عن كونه معلما ، وقد ذكرنا خلافا فى تكرر الصفات التى يصير بها معلما ، قال : ويجوز أن يفرق بينهما بأن أثر التعليم فى الحل وأثر الأكل فى التحريم ، فعملنا بالاحتياط فيهما ، فلهذا لو عرفنا كونه معلما لم ينعطف الحل على ما سـبق من صيوده بلا خلاف ، وفى انعطاف التحريم الخلاف المذكور والله أعلم .

(فـرع) لو لعق الكلب دم الصيد ولم يأكل من لحمـه شيئا حل لحمه ، هذا هو الصواب ، نص عليه الشـافعى ، وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق ، وشذ إمام الحرمين والغزالى فى البسيط فحكيا وجها فى

تحريمه وهو غلط ، ولو أكل كلب حشوة الصيد فطريقان حكاهما البغوى وغيره (أصحهما) على قولين كاللحم (والثانى) القطع بالحل لأنها غير مقصودة فأشبهت الدم •

(فسرع) قال الرافعى : لو لم يسترسل الكلب عند الإرسال أو لم ينزجر عند الزجر ، فينبغى أن يكون فى تحريم الصيد وخروجه عن كونه معلما الخلاف المذكور فيما إذا أكل •

(فسرع) قال القفال : لو أراد الصائد أن يأخذ الصيد من الكلب فامتنع وصار يقاتل دونه ، فهو كالأكل ، والله أعلم •

(فسرع) فى مذاهب العلماء فى الصيد الذى تقتله الجارحة من السباع ، كالكلب والفهد والنمر ويأكل منه ، قد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا تحريمه ، وبه قال أكثر العلماء ، حكاه ابن المنذر عن ابن عباس وأبى هريرة وعطاء وسعيد بن جبير والشعبى والنخعى وعكرمة وقتادة والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحق وأبى ثور ، قال : وبه أقول ، وهو مذهب الحسن البصرى وداود ، وقالت طائفة بإباحته ، حكاه ابن المنذر عن سعد بن أبى وقاص وسلمان الفارسى وابن عمر ومالك •

(وأما) إذا أكلت منه جارحة الطير كالصقور ، فالأصح عندنا تحريمه كما سبق ، ولا أعلم أحدا وافقنا عليه ، بل جماهير [1] على إباحته ، حكاه ابن المنذر عن ابن عباس والنخعى وحماد بن أبى سليمان والثورى وأبى حنيفة وأصحابه وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد والمزنى وغيرهم ، والله أعلم •

(وأما) الصيود الماضية قبل الأكل فلا تحرم عندنا بلا خلاف كما

---

(1) بياض بالأصل ولعله : العلماء • (ط)

سبق ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد وداود والجمهور ، وقال أبو حنيفة : يحرم جميع ما صاده قبل ذلك ، وادعى أنه تبين عدم تعليمه (وأما) إذا شرب الكلب من دم الصيد فلا يحرم عندنا ، وبه قال العلماء كافة إلا ما حكاه ابن المنذر عن الشعبى والثورى أنهما كرها أكله وليس بشيء •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(إذا أدخل الكلب ظفره أو نابه فى الصيد نجس ، وهل يجب غسله ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب غسله سبعا إحداهن بالتراب ، قياسا على غير الصيد (والثانى) لا يجب ، لانا لو اوجبنا ذلك الزمناه ان يغسل جميعه ، لأن الناب إذا لاقى جزءا من الدم نجس ذلك الجزء ونجس كل ما لاقاه إلى أن ينجس جميع بدنه وغسل جميعه يشق فسقط كدم البراغيث) •

(الشرح) قوله : إذا أدخل الكلب ظفره أو نابه فى الصيد نجس ، يعنى الموضع الذى أدخل فيه لأكل الصيد • واعلم أن الشافعى رحمه الله قال : إذا أدخل ظفره أو نابه نجس ، واقتصر على هذا ، ولم يذكر الغسل (فمن) الأصحاب من قال : أراد به (نجس) لا يجب غسله للمشقة ، بل يعفى عنه ، ولهذا لم يذكر الغسل (ومنهم) من قال : أراد به نجس يجب غسله ، فذكر النجاسة واستغنى بذلك عن ذكر الغسل ، لأنه متى ثبتت النجاسة وجب الغسل ، فحذف ذكره للعلم به ، وللأصحاب فى المسألة ثلاث طرق •

(أحدها) أن موضع الظفر والناب نجس قطعا ، وفى وجوب غسله وتعفيره خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى ، وهذه طريقة المصنف وجمهور الأصحاب من العراقيين والخراسانيين ، وهو المنصوص •

(والطريق الثانى) حكاه صاحب الإبانة وآخرون ، فى نجاسته قولان

(أحدهما) نجس ، وفى وجوب الغسل والتعفير الخلاف (والثانى) أنه طاهر لقول الله تعالى : (فكلوا مما أمسكن عليكم[1]) ولم يأمر بغسله مع أنه لا ينفك عنه غالبا أو دائما ، ولهذا لم يذكره النبى ﷺ مع ذكره للأحاديث الواردة فيه ، مع تكرار سؤاله ﷺ عن ذلك .

(والطريق الثالث) إن أصاب الكلب غير العروق فحكمه ما ذكرنا ، وإن أصاب عرقا نضاحا بالدم سرى حكم النجاسة إلى جميع الصيد وحرم أكله ، حكاه إمام الحرمين قال : وهذا غلط ، لأن النجاسة إذا اتصلت بالدم فالعرق وعاء حاجز بينه وبين اللحم ، ثم الدم إذا كان يفور امتنع غوص النجاسة فيه ، كالماء المتصعد من فوارة إذا وقعت نجاسة فى أعلاه لم ينجس ما تحته إذا قلنا بالمذهب إنه نجس ، ولا يحرم أكله ، ففيه أربعة أوجه (أصحها) عند الأصحاب وهو ظاهر نص الشافعى أنه نجس يجب غسله سبع مرات إحداهن بالتراب ، ويطهر حينئذ ويؤكل ، وإنما يجب غسل موضع الظفر والناب وغيرهما مما مسه الكلب دون ما لم يمسه مع الرفق به .

(والوجه الثانى) أنه يعفى عنه فلا يجب غسله أصلا ، مع أنه نجس ، ويحل أكله وقد ذكر المصنف هذين الوجهين وهما مشهوران (والثالث) أنه يجب غسله مرة واحدة بالماء من غير تراب ، لأن ما زاد على ذلك فيه مشقة وحرج ، حكاه صاحبا الفروع والبيان (والرابع) أنه لا يطهر بالغسل . بل يجب تقوير ذلك الموضع وطرحه ، لأنه تشرب لعابه فلا يتخلله الماء ، وهذا الوجه مشهور فى كتب الخراسانيين . ولم يذكره العراقيون، بل صرحوا بأنه لا يشترط هذا بلا خلاف كما أشار إليه المصنف ، وكيف كان فهو وجه باطل لا أصل له فى الأحاديث ولا فى القياس ، قال إمام

---

(١) من الآية ٤ من سورة المائدة .

الحرمين : والقائل بهذا الوجه يطرد ما ذكره فى كل لحم وما فى معناه إذا عضه الكلب ، بخلاف ما يناله لعابه بغير عض •

هذا مختصر متفرقات كلام الأصحاب فى المسألة ، فاذا أردت ضبطه مختصرا (قلت) فيه ستة أوجه (أصحها) يجب غسله سبعا إحداهن بالتراب (والثانى) يجب غسله مرة (والثالث) أنه نجس يعفى عنه ، لا يجب غسله (والرابع) أنه طاهر (والخامس) يجب قطع ذلك الموضع ولا يطهر بالغسل (والسادس) إن أصاب عرقا نضاحا بالدم حرم جميعه ولا طريق إلى أكله ، والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه يجب غسل موضع ظفر الكلب ونابه سبع مرات إحداهن بالتراب •

(فرع) لو غصب عبدا فاصطاد فالصيد لمالكه ، ولو غصب شبكة أو قوسا واصطاد به فالصيد للغاصب ، وعليه أجرة مثلهما ، ولو غصب كلبا أو صقرا أو غيرهما من الجوارح ففى صيده وجهان (أصحهما) للغاصب (والثانى) لصاحب الجارحة (فان قلنا) للغاصب فعليه أجرته إن كان مما تجوز إجارته (وإن قلنا) : لصاحبه ، فعلى الغاصب ما نقص من الأجرة ، وهكذا حكم العبد ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الصيد بالرمى ، لما روى أبو ثعلبة الخشنى قال قلت : «يا رسول الله إنا نكون فى أرض صيد فيصيب أحدنا بقوسه الصيد ، ويبعث كلبه المعلم ، فمنه ما ندرك ذكاته ، ومنه مالا ندرك ذكاته ، فقال ﷺ : ما ردت عليك قوسك فكل ، وما أمسك كلبك المعلم فكل » وإن رماه بمحدد كالسيف والنشاب والمروة المحددة وأصابه بحده فقتله حل ، وإن رمى بما لا حد له كالبندق والدبوس أو بما له حد فاصابه بغير حده فقتله لم يحل لما روى عدى بن حاتم قال: «سألت

رسول الله ﷺ عن صيد المعراض قال : إذا اصبت بحده فكل ، وإذا اصبت بعرضه فلا تاكل فإنه وقيذ » وإن رماه بسهم لا يبلغ الصيد ، واعانه الريح حتى بلغه فقتله ، حل اكله ، لأنه لا يمكن حفظ الرمى من الريح فعفى عنه . وإن رمى بسهم فاصاب الأرض ، ثم ازدلف فأصاب الصيد فقتله ، ففيه وجهان بناء على القولين فيمن رمى إلى الغرض فى المسابقة ، فوقع السهم دون الغرض ، ثم ازدلف وبلغ الغرض ، وإن رمى طائرا فوقع على الأرض فمات حل اكله ، لأنه لا يمكن حفظه من الوقوع على الأرض ، وإن وقع فى ماء فمات أو على حائط او جبل فتردى منه ومات ، لم يحل ، لما روى عدى بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال: « إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله ، فإن وجدته ميتا فكل إلا أن تجده قد وقع فى الماء فمات ، فإنك لا تدرى الماء قتله أو سهمك ؟ ») .

(الشرح) حديث أبى ثعلبة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم بمعناه قال قلت : « يا رسول الله أنا بأرض صيد أصيد بقوسى ، أو بكلبى الذى ليس بمعلم ، وبكلبى المعلم ، فما يصلح لى ؟ فقال رسول الله ﷺ : ما صدت بقوسك فذكرت اسم الله عليه فكل . وما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وماصدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل » (.وأما) حديث عدى بن حاتم الأول فرواه البخارى ومسلم . وحديثه الثانى رواه مسلم ، وقوله : المروة المحددة هى ــ بفتح الميم ــ وهى الحجر ــ والمعراض بكسر الميم وإسكان العين المهملة ــ وهو سهم لا ريش له ولا نصل ، وقيل هو حديدة ، وقيل هو خشبة محددة الطرف ، والوقيذ ــ بالقاف والذال المعجمة ــ الموقوذ ، وهو المضروب بالعصا حتى يموت (وقوله) : كالبندق والدبوس هى ــ بفتح الدال ــ جمعه دبابيس ، وهو معروف . وأنشد فيه الجوهرى[1] وقال : أظنه معربا وقوله ﷺ : « وإن أصبت بعرضه فلا تأكل » هو بفتح العين ــ أى العرض الذى هو خلاف الطول .

(اما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) يجوز الصيد بالرمى بالسهام

(١) كذا ولعل ما أنشده لاقيط بن زرارة : « لو سمعوا وقع الدبابيس » . (ط)

المحددة بالإجماع والأحاديث الصحيحة ، فاذا رمى الصيد من هو أهل من مسلم أو كتابى فقتله ــ فان قتله بحد ما رماه ، كالسهم الذى له نصل محدد ، والسيف والسكين والسنان والحجر المحددة والخشبة المحددة وغير ذلك من المحددات سوى العظم والظفر ــ حل أكله ، فان أصابه بما لا حد له فقتله كالبندقة والدبوس ، وحجر لا حد له ، وخشبة لا حد لها • أو رماه بمحدود فقتله بعرضه لا بحده • لما ذكر المصنف • وكذا لو أصابه بحد عظم أو ظفر لم يحل • لأنه ليس من آلة الذكاة فهو كغير المحدد • قال أصحابنا : وإذا قتله بما لا حد له لم يحل • سواء جرحه به أم لا • حتى لو رمى طائرا ببندقة فقطعت حلقومه ومريئه لم يحل لقوله تعالى • (والموقوذة) وهذه منها • قال أصحابنا فاذا رماه بغير محدد أو بمحدد فأصابه بعرضه •

فان أدركه وفيه حياة مستقرة فذكاه حل ، وإن أدركه ميتا أو وفيه حياة غير مستقرة لم يحل • والله أعلم •

(فرع) لو أرسل كلبا فى عنقه قلادة محددة فجرح الصيد بها حل ، كما لو أرسل سهما • هكذا ذكره البغوى ، قال الرافعى : وقد يفرق بأنه قصد بالسهم الصيد ولم يقصده بالقلادة ، والله أعلم (قلت) : الصواب ما ذكره البغوى ، لأن القصد لا يشترط فى الذبح •

(فرع) لو رشق الحيوان العصا ونحوه ، قال الرويانى : إنه إن كان محددا يمور مور السهم حل ، وإن كان لا يمور إلا مستكرها نظر ــ إن كان العود خفيفا قريبا من السهم ــ حل وإن كان ثقيلا لم يحل •

(المسألة الثانية) لو رمى الصيد بسهم لا يبلغه فأعانته الريح فبلغه بإعانتها ولولاها لم يبلغه فقتله ــ حل لما ذكره المصنف ، هكذا قطع به

الأصحاب فى جميع الطرق ، وكذا نقــله الرافعى عن جميع الأصحاب ، وأبدى إمام الحرمين فيه ترددا ، والمذهب الحل .

(الثالثة) إذا أصاب السهم الأرض أو الحائط ثم ازدلف وأصاب الصيد ، أو أصاب حجرا فنبا عنه وأصاب الصيد ، أو نفذ فيه إلى الصيد ، أو كان الرامى فى نزع القوس فانقطع الوتر وصــدم إلى فوق ، وارتمى السهم وأصاب الصيد ، ففى حله فى جميع هذه الصور وجهان ، بناء على القولين اللذين ذكرهما المصنف فى المسألة السابقة (أصحهما) الحل .

(الرابعة) قال أصحابنا إذا مات الصيد بسببين محرم ومبيح بأن مات من سهم وبندقية أصاباه من رام أو راميين ، أو أصابه طرف النصل فجرحه ثم أثر فيه عرض السهم فى مروره ومات منهما ، أو رمى إلى صيد سهما فوقع على طرف سطح ثم سقط منه ، أو على جبل فتدهور منه ، أو فى ماء أو على شجرة فتصدم بأغصانها ، أو وقع على محدد من ســكين وغيره ، فهو حرام فى كل هذه الصور بلا خلاف ، لمــا ذكره المصنف ، ولو جرحه على جبل فتدحرج منه من جنب إلى جنب ومات حل بلا خلاف ، ولا يضر ذلك التدحرج ، لأنه لا يؤثر فى التلف بخلاف التدهور . ولو أصاب السهم الطائر فى الهواء فوقع على الأرض ومات حل بلا خلاف ، سواء مات قبل وصوله الأرض أو بعده ، لأنه لابد من الوقوع ، فعفى عنه كما لو كان الصيد قائما ووقع على جنبه وانصدم بالأرض فمات فانه يحل ، ولو زحف قليلا بعد إصــابة السهم ومات . فهو كالوقوع على الأرض فيحل قطعا .

ولو لم يجرحه السهم فى الهواء ، بل كسر جناحه فوقع ومات فهو حرام بلا خلاف ، لأنه لم يصبه بجرح يحال الهلاك عليه ، ولو جرحه جرحا لا يؤثر مثله ، لكن عطل جناحه فوقع ومات فهو حرام ، ولو جرحه السهم

فى الهواء جرحا ثقيلا فوقع فى بئر ومات نظر إن كان فيها ماء فهو حرام كما سبق وإلا فهو حلال • وقعر البئر كالأرض ، والمراد إذا لم يصدمه جدار البئر ، ولو كان الطائر على شجرة فأصابه السهم فوقع على الأرض فمات فهو حلال ، وإن وقع على غصن ثم سقط على الأرض فهو حلال ، قال أصحابنا ، وليس الانصدام بالأغصان أو بأحرف الجبل عند التدهور من أعلاه ، كالانصدام بالأرض ، لأن الانصدام بالأغصان والأحرف والتدهور ليس بلازم ولا غالب ، فلا تدعو الحاجة إليه ، فلم يعف عنه ، والانصدام بالأرض لازم لابد منه فعفى عنه ، ولإمام الحرمين احتمال فى الصورتين لكثرة وقوع الطير على البحر • والانصدام بطرف الجبل إذا كان الصيد فيه والمذهب الأول والله أعلم •

(أما) إذا رمى طيرا فان كان على وجه المـاء فأصابه ومات حل ؛ ويكون المـاء له كالأرض لغيره ، وإن كان خارج المـاء ووقع فى المـاء بعد إصابة السهم ففى حله وجهان ، حكاهما صاحب الحاوى وغيره • وقطع البغوى بالتحريم • وفى شرح مختصر الجوينى بالحل فلو كان الطائر فى هواء البحر قال البغوى : إن كان الرامى فى البر لم يحل • وإن كان فى السفينة فى البحر حل •

(فـرع) جميع ما ذكرناه هو فيما إذا لم ينته بتلك الجراحة إلى حركة المذبوح • فان انتهى إليها بقطع الحلقوم والمرىء أو أصاب كبده ، أو أخرج حشوته • أو غير ذلك • فهو حلال • وقد تجب ذكاته ولا أثر لمـا يعرض بعد ذلك من وقوعه فى المـاء وتدهوره من الجبل • وعلى أغصان الشجرة وجدران البئر وغير ذلك مما سبق • والله تعالى أعلم •

(فـرع) لو أرسل سهمين على صيد فقتلاه • فان أصاباه معا فهو حلال • وإن أصابه أحدهما بعد الآخر بطرف ـ فان أزمنه الأول ولم تصب الثانى المذبح لم يحل وإن أصاب المذبح حل • فان لم يرمه الأول وقتله

الثانى حل • وكذا لو أرسل كلبين فأزمنه الأول وقتله الثانى لم يحل • وسواء قطع المذبح أم لا • ولو أرسل كلبا وسهما فان أزمنه السهم ثم أصابه الكلب لم يحل • وإن أزمنه الكلب ثم أصاب السهم المذبح حل • والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء إذا رمى طائرا بسهم فأصابه فوقع على الأرض ميتا أو حيا ثم مات فى الحال فهو حلال عندنا ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، وقال مالك يحل فى الصورة الأولى دون الثانية ، حكى ابن المنذر عنه رواية كمذهبنا ، وهى رواية ابن وهب ، واتفقوا هم وغيرهم على أنه إذا سقط الصيد فالمجروح جراحة غير مذففة فى الماء ومات لا يحل ، للحديث الصحيح السابق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن رمى صيدا او ارسل عليه كلبا فعقره ، ولم يقتله — نظرت فإن ادركه ولم يبق فيه حياة مستقرة ، بأن شق جوفه وخرجت الحشوة ، او اصاب العقر مقتلا — فالمستحب ان يمر السكين على الحلق ليريحه ، فإن لم يفعل حتى مات حل ، لأن العقر قد ذبحه ، وإنما بقيت فيه حركة المذبوح ، وإن كانت فيه حياة مستقرة ولكن لم يبق من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه حل ، وإن بقى من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه فلم يذبحه أو لم يكن معه ما يذبحه به فمات لم يحل ، لما روى ابو ثعلبة الخشنى ان النبى ﷺ قال : « ما رد عليك كلبك المكلَّب وذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فذكه [وكل] وإن لم تدرك ذكاته فلا تاكل [وإن رد عليك كلب غنمك فذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فذكه وإن لم تدرك ذكاته فلا تأكله(١)] وما ردت عليك يدك وذكرت اسم الله وادركت ذكاته فذكه ، وإن لم تدرك ذكاته فكله » وإن عقره الكلب او السهم وغاب عنه ثم وجده ميتا ، والعقر مما يجوز ان يموت منه ، ويجوز ان لا يموت منه ، فقد قال الشافعى رحمه الله : لا يحل إلا ان يكون خبر(٢) فلا راى (فمن) .

---

(١) كل ما بين القوسين ساقط من ش وق •

(٢) بناء على قاعدته المذهبية رضى الله عنه : اذا صح الحديث فهو مذهبى فهو يؤيد الحكم بعدم الحل ثم يذعن للخبر اذا خالفه ولا يذعن للراى فاللهم اهدنا صراطهم المستقيم • (ط)

اصحابنا من قال : فيه قولان (احدهما) يحل ، لما روى عدى بن حاتم قال : (قلت : يا رسول الله إنى ارمى الصيد فاطلبه فلا اجده إلا بعد ليلة قال : إذا رايت سهمك فيه ولم يأكل منه سبع فكل) ولأن الظاهر أنه مات منه لانه لم يعرف سبب سواه (والثانى) انه لا يحل لما روى زياد بن ابى مريم قال « جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : إنى رميت صيدا ثم تغيب فوجدته ميتا ، فقال رسول الله ﷺ : هوام الأرض كثيرة ولم يامره بأكله » (ومنهم) من قال : يؤكل ، قولا واحدا ، لأنه قال : لا يؤكل إذا لم يكن خبر ، وقد ثبت الخبر انه أمر بأكله) .

(الشرح) حديث أبى ثعلبة رواه البخارى ومسلم مختصرا ، وسبق بيان لفظه قريبا ، وحديث عدى رواه البخارى ومسلم ولفظه : « فإن وجدته بعد ليلة أو ليلتين فلم تجد فيه أثرا غير أثر سهمك فشئت أن تأكل منه فكل » هكذا رواه البخارى ومسلم من رواية عدى بن حاتم ، وعن أبى ثعلبة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا رميت سهمك فغاب ثلاث ليال فأدركته فكل ما لم ينتن » رواه مسلم ، قال أصحابنا : النهى عن أكله إذا أنتن للتنزيه لا للتحريم وأما حديث زياد بن أبى مريم فغريب ، وزياد هذا تابعى والحديث مرسل . وهو زياد بن أبى مريم القرشى الأموى مولى عثمان بن عفان رضى الله عنهما .

(واعلم) أنه لم يثبت عن النبى ﷺ فى النهى عن أكل الصيد ــ الذى جرحه ثم غاب عنه ولم يجد أثر سبب آخر ــ شىء . وإنما جاء فيه أحاديث ضعيفة . وفيه أثر عن ابن عباس فيه نظر (فمن) الأحاديث حديث عطاء ابن السائب عن عامر ــ يعنى الشعبى ــ « أن أعرابيا أهدى لرسول الله ﷺ ظبيا فقال : من أين أصبت هذا ؟ فقال : « رميته أمس فطلبته فأعجزنى حتى أدركنى المساء ، فرجعت فلما أصبحت اتبعت أثره فوجدته فى غار أو فى أحجار ، وهذا مشقصى فيه أعرفه . قال : بات عنك ليلة ، ولا آمن أن تكون هامة أعانتك عليه ، لا حاجة لى فيه » رواه أبو داود فى المراسيل فهو مرسل ضعيف . وعطاء بن السائب ضعيف وعن أبى رزين قال : « جاء

رجل إلى النبى ﷺ بصيد فقال : إنى رميته من الليل فأعيانى ، ووجدت سهمى فيه من الغد ، وقد عرفت سهمى فقال : الليل خلق من خلق الله عز وجل عظيم ، لعله أعانك عليه شىء ، انبذها عنك » رواه أبو داود فى المراسيل •

قال البيهقى : أبو رزين هذا اسمه مسعود مولى شقيق بن سلمة ، وهو تابعى والحديث مرسل ، قاله البخارى •

وأما الأثر عن ابن عباس فرواه البيهقى باسناد فيه رجل مستور أو مجهول غير ميمون بن مهران ، قال : « أتى أعرابى إلى ابن عباس وأنا عنده فقال : إنى أرمى الصيد فأصمى وأنمى ، فكيف ترى ؟ فقال ابن عباس : كل ما أصميت ودع ما أنميته » قال الشافعى : ما أصميت ما قتلته الكلاب وأنت تراه ، وما أنميت ما غاب عنك مقتله ، والله أعلم •

(أما الأحكام) ففيها مسألتان :

(إحداهما) إذا أرسل سهما أو نحوه أو جارحة معلمة من كلب أو غيره على صيد فأصابه ثم أدركه المرسل حيا نظر ـ إن لم يبق فيه حياة مستقرة بأن كان قد قطع حلقومه ومريئه أو أخافه أو خرق أمعاءه أو أخرج حشوته ـ استحب إمرار السكين على حلقه ليريحه فان لم يفعل وتركه حتى مات حل بلا خلاف ونقلوا فيه إجماع المسلمين كما ذكره المصنف ، وكما لو ذبح شاة فاضطربت أو عدت • أما إذا بقيت فيه حياة مستقرة فله حالان (أحدهما) أن يتعذر ذبحه بغير تقصير من صائده حتى يموت فيحل أيضا للعذر ويستدل له أيضا بما ثبت فى صحيح مسلم أن النبى ﷺ قال لعدى بن حاتم : « ما أمسك عليك كلبك ولم يأكل منه فكل فان ذكاته أخذه » (والثانى) أن لا يتعذر ذبحه فيتركه حتى يموت ، أو يتعذر بتقصيره فيموت فهو حرام ، كما لو تردى بئرا فلم يذبحه حتى مات فإنه حرام •

(فمن) صور الحال الأول أن يشتغل بأخذ الآلة ، وسل السكين ، فيموت قبل إمكان ذبحه (ومنها) أن يمتنع بما فيه من بقية قوة ، ويموت قبل قدرته عليه (ومنها) أن لا يجد من الزمان ما يمكن الذبح فيه (ومن) صور الحال الثانى أن لا يكون معه آلة الذبح أو تضيع آلته فلا يحل بلا خلاف ، فلو نشبت السكين فى الغمد فلم يتمكن من إخراجها حتى مات ففيه وجهان (أصحهما) وبه قال أكثر الأصحاب أنه حرام ، لتقصيره فى عدم تأمل السكين قبل هذا (والثانى) أنه حلال ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة والطبرى ، لأنه معذور ، ولو غصب الآلة فوجهان (أصحهما) أنه حرام لأنه عذر نادر (والثانى) حلال ، لأنه معذور ، كمن حال بينه وبين الصيد سبع حتى مات ، فانه يحل وجها واحدا . ولو اشتغل بتحديد السكين حتى مات فهو حرام ، لأنه يمكن تحديدها قبل ذلك ، قال الرويانى: ولو اشتغل بطلب المذبح فلم يجده حتى مات فهو حلال لعدم تقصيره بخلاف تحديد السكين ، ولو كان يمر ظهر السكين على حلقه غلطا فمات فحرام بتقصيره ، ولو رجع الصيد منكسا واحتاج إلى قلبه ليقدر على المذبح فمات أو اشتغل بتوجهه إلى القبلة فمات ، فحلال .

ولو شك بعد موت الصيد هل تمكن من ذكاته فيحرم ؟ أم لم يتمكن فيحل ؟ ففيه قولان لتعارض الأصل (أصحهما) أنه حلال ، لأن الأصل عدم الإمكان وعدم التقصير (والثانى) التحريم لأن الأصل بقاء الحياة ، وهل يشترط العدو إلى الصيد إذا أصابهم السهم أو الكلب ؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون (أحدهما) نعم لأنه المعتاد فى هذه الحالة ، لكن لا يكلف المبالغة بحيث يناله ضرر ظاهر (وأصحهما) لا يشترط ، بل يكفى المشى ، وعلى هذا الصحيح الذى قطع به الصيدلانى والبغوى وغيرهما أنه لو مشى على هينته وأدركه ميتا وكان بحيث لو أسرع لأدركه حيا ، قال إمام الحرمين : عندى أنه لابد من الإسراع ، قلنا : لا ، لأن الماشى على

هيئته خارج عن عادة الطالبين وإذا شرطنا العدو فتركه ، فصار الصيد ميتا . ولم يدر أمات فى الزمن الذى يسع العدو بحيث لو عدا لم يدركه أم بعده ؟ قال الرافعى : ينبغى أن يكون على القولين السابقين قريبا فى الشك فى التمكن من الذكاة والله تعالى أعلم .

(فرع) لو رمى صيدا فقده قطعتين متساويتين ، أو متفاوتتين ، فهما حلال . ولو أبان منه بسيف أو غيره عضوا كيد أو رجل نظر — إن أبانه بجراحة مذففة ومات فى الحال — حل العضو وباقى البدن ، وإن لم تكن مذففة وأدركه وذبحه أو جرحه جرحا مذففا فالعضو حرام ، لأنه أبين من حى ، وباقى البدن حلال ، وإن أثبته بالجراحة الأولى فقد صار مقدورا عليه ، فيتعين ذبحه ولا تجزىء سائر الجراحات ، ولو مات من تلك الجراحة بعد مضى زمن ولم يتمكن من ذبحه ، حل باقى البدن . وفى العضو ، وجهان (أصحهما) يحرم ، لأنه أبين من حى ، فهو كمن قطع إلية شاة ثم ذبحها ، فانه لا تحل الإلية (والثانى) تحل لأن الجرح كالذبح للجملة ، فتبعها العضو ، وإن جرحه جراحة أخرى والحالة هذه — فان كانت مذففة — فالصيد حلال والعضو حرام . وإلا فالصيد حلال أيضا . وفى العضو وجهان (الصحيح) أنه حرام ، لأن الإبانة لم تتجرد ذكاة للصيد . والله أعلم .

(المسألة الثانية) إذا غاب عنه الكلب والصيد . ثم وجده ميتا فوجهان (الصحيح) الذى قطع به الأكثرون لا يحل . لاحتمال موته بسبب آخر ولا أثر لتضمخه بدمه ، فربما جرحه الكلب وأصابته جراحة أخرى (وأما) إذا جرحه سهمه أو كلبه ثم غاب الصيد عنه ثم وجده ميتا ، فان انتهى بذلك الجرح إلى حركة المذبوح حل ، ولا أثر لغيبته ، وإن لم ينته نظر — إن وجده فى ماء أو وجد عليه أثر صدمة أو جراحة أخرى ونحو ذلك — لم يحل سواء وجد الكلب عليه أم لا ، لأنه لا يعلم كيف هلك ؛

وإن لم يكن فيه أثر آخر ففيه ثلاثة طرق (أحدها) يحل قطعا (والثانى) يحرم قطعا (وأشهرها) على قولين (أصحهما) عند الجمهور من العراقيين وغيرهم التحريم (وأصحهما) عند البغوى والغزالى فى الإحياء الحل ، وهو الصحيح أو الصواب . لصحة الأحاديث السابقة فيه ، وعدم المعارض الصحيح لها وقد سبق فى كلام المصنف وكلامنا إيضاح دليل الجميع .

(ومن) قال : بالإباحة يتأول كلام ابن عباس والأحاديث لو صحت فى النهى على التنزيه (ومن) قال بالتحريم يتأول أحاديث الإباحة على ما إذا انتهى بالجراحة إلى حركة المذبوح وهو تأويل ضعيف ، قال أصحابنا : وتسمى هذه المسألة مسألة الإيماء والله أعلم .

(فــرع) فى مذاهب العلماء فيمن جرح الصيد بسهم أو كلب فغاب عنه ثم وجده ميتا . فقد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا تحريمه ، وبه قال داود . وقال أصحاب أبى حنيفة : إذا توارى عنه الصيد والكلب ، وهو فى طلبه ، فوجده قد قتله ، حل أكله . وإن ترك الطلب واشتغل بعمل غيره كرهنا أكله . وقال مالك : إن أدركه من يومه أكله فى الكلب والسهم إذا كان فيه أثر جارحة ، وإن غابت عنه لم يؤكل ، وعن أحمد ثلاث روايات (إحداها) يؤكل (والثانى) يؤكل ما لم يبت عنه (والثالث) إن كانت الإصابة موحية حل وإلا فلا .

(فــرع) إذا رمى الصيد فقده قطعتين فمات فجميعه حلال ، سواء كانت القطعتان سواء أو متفاوتين وبه قال داود ، وهو الأصح عن أحمد . وقال أبو حنيفة : إن كانتا سواء أو كانت التى مع الرأس أقل حل جميعه ، وإن كانت التى مع الرأس أكبر حلت وحرمت الأخرى . وقال مالك : إذا قطع وسطه أو ضرب عنقه حل جميعه ، وإن قطع فخذه حرمت الفخذ وحل الباقى . دليلنا أن ما كان ذكاة لبعضه كان ذكاة لكله كموضع الاتفاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن نصب احبولة وفيها حديدة فوقع فيها صيد ، فقتلته الحديدة لم يحل لانه مات بغير فعل من جهة احد ، فلم يحل) .

(الشرح) قال الشافعى رحمه الله : ولا يؤكل ما قتلته الأحبولة كان فيها سلاح أو لم يكن . قال أصحابنا : الأحبولة ــ بفتح الهمزة ــ هو ما ينصب للصيد فيعلق به من حبل أو شبكة أو شرك ، ويقال لها أيضا حبالة ــ بكسر الحاء ــ جمعها حبائل ، فإذا وقع فى الأحبولة صيد فمات لم يحل أكله بلا خلاف ، لأنه لم يذكه أحد ، وإنما مات بفعل نفسه ، ولم يوجد من الصائد إلا سبب فهو كمن نصب سكينا فربضت عليها شاة فقطعت حلقها فإنها حرام قطعا ، ولو كان رأس الحبل الذى فى الأحبولة فى يده فجره ومات به الصيد فحرام أيضا ؛ لأنه من جملة المنخنقة والله أعلم .

(فرع) هذا الذى ذكرناه من تحريم صيد الأحبولة ونحوها إذا لم يدرك ذكاته هو مذهبنا ومذهب العلماء كافة إلا ما حكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى أنه يحل إن كان سمى وقت نصبها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن ارسل سهما على صيد فاصاب غيره فقتله حل اكله لقوله ﷺ لأبى ثعلبة : ((ما رد عليك قوسك فكل)) ولأنه مات بفعله ، ولم يفقد إلا القصد، وذلك لا يعتبر فى الذكاة ، والدليل عليه أنه تصح ذكاة المجنون وإن لم يكن له قصد ، فإن ارسل كلبا على صيد فاصاب غيره فقتله نظرت ــ فإن اصابه فى الجهة التى ارسله فيها ــ حل لقوله ﷺ : ((مارد عليك كلبك ولم تدرك ذكاته فكل)) وإن عدل إلى جهة أخرى فاصاب صيدا غيره ففيه وجهان (احدهما) لا يحل ، وهو قول أبى إسحاق ، لأن للكلب اختيارا ، فإذا عدل كان صيده باختياره فلم يحل . كما لو استرسل بنفسه فاخذ الصيد . ومن اصحابنا من قال: يحل لأن الكلب لا يمكن دفعه من العدول فى طلب الصيد) .

(**الشرح**) حديث أبي ثعلبـة والحديث الآخر سبق بيانهما ، قال أصحابنا : إذا رمى صيدا يراه أو لا يراه ، لكن يحس به فى ظلمة أو من وراء حجاب ، بأن كان بين أشجار ملتفة وقصده حل ، فان لم يعلم به بأن رمى وهو لا يرجو صيدا فأصاب صيدا ، لم يحل على الصحيح المنصوص ، وفيه وجه وإن كان يتوقع صيدا فبنى الرمى بأن رمى فى ظلمة الليل وقال : ربما أصبت صيدا فأصاب صيدا فطريقان (أحدهما) القطع بحله (والثانى) فيه ثلاثة أوجه (أصحها) التحريم مطلقا (والثانى) يحل (والثالث) إن توقعه بظن غالب حل ؛ وإن كان مجرد تجويز حرم ، ولو رمى إلى سرب من الظباء أو أرسل عليها كلبا فأصـاب واحدة منهـا فقتلها فهى حلال بلا خلاف .

ولو قصد واحدة منها معينة بالرمى فأصاب غيرها ففيـه طريقان (أحدهما) القطع بحلها وبه قطع المصنف وكثيرون أو الأكثرون (والثانى) فيه أربعة أوجه (الحـل) مطلقا لمـا ذكره المصنف (والثانى) التحريم (والثالث) إن كان حالة الرمى يرى المصاد حل ، وإلا فلا (والرابع) إن كان المصاب من السرب الذى رآه ورماه حل ، وإن كان من غيره لم يحل وسواء عدل السهم عن الجهة التى قصدها إلى غيرها أم لم يعدل . ولو رمى شاخصا يعتقده حجرا ، وكان حجرا فأصاب ظبية ففى حلها وجهان (الأصح) لا تحل ، وبه قطع الصيدلانى وغيره ، فان كان الشـاخص صيدا ومال السهم عنه وأصاب صيدا آخر ففيه الوجهان وأولى بالتحليل ، ولو رمى شاخصا ظنـه خنزيرا وكان خنزيرا أو كان صـيدا فلم يصبه — وأصاب ظبية — لم تحـل على الصحيح فى الصورتين ، لأنه قصـد محرما ؛ والخلاف فيما إذا كان خنزيرا أضعف ، ولو رمى شاخصا ظنـه صيدا فبان حجرا أو خنزيرا وأصاب السهم صيدا قال البغوى : إن اعتبرنا ظنه فيما إذا رمى ما ظنه حجرا فكان صيدا وأصاب السهم صيدا آخر ،

وقلنا بالتحريم ، فهنا يحل الصيد الذى أصابه ، وإن اعتبرنا الحقيقة وقلنا بالحل هناك حرم هنا .

هذا كله فى رمى السهم أما إذا أرسل كلبا على صيد فقتل صيدا آخر فينظر — إن لم يعدل عن جهة الإرسال ، بل كان فيها صيود فأخذ غير ما أرسل عليه وقتله فطريقان — (المذهب) أنه يحل ، وبه قطع المصنف والأكثرون ، ودليله فى الكتاب (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) يحل (والثانى) يحرم ، كما لو استرسل بنفسه ، وإن عدل إلى جهة أخرى فثلاثة أوجه (أصحها) الحل ، لأنه بغير تكليفه ترك العدول ، ولأن الصيد لو عدل فتبعه الكلب وقتله حل قطعا (والثانى) يحرم ، كما ذكره المصنف (والثالث) وهو اختيار الماوردى — إن خرج عادلا عن الجهة — حرم ، وإن خرج إليها ففاته الصيد فعدل إلى غيرها وصاد حل ؛ لأنه يدل على حذقه حيث لم يرجع خائبا . وقطع إمام الحرمين بالتحريم إذا عدل وظهر من عدوله اختياره بأن امتد فى جهة الإرسال زمانا ، ثم ظهر صيد آخر فاستدبر المرسل إليه وقصد الآخر ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن ارسل كلبا ، وهو لا يرى صيدا فاصاب صيدا لم يحل ، لانه أرسله على غير صيد ، فلم يحل ما اصطاده كما لو حل رباطه فاسترسل بنفسه واصطاد ، وإن ارسل سهما فى الهواء وهو لا يرى صيدا فاصاب صيدا ففيه وجهان (قال) أبو إسحق : يحل لانه قتله بفعله ، ولم يفقد إلا القصد إلى الذبح، وذلك لا يعتبر ، كما لو قطع شيئا وهو يظن انه خشبة فكان حلق شاة (ومن) اصحابنا من قال : لا يحل وهو الصحيح ، لانه لم يقصد صيدا بعينه فاشبه إذا نصب احبولة فيها حديدة فوقع فيها صيد فقتلته ، وإن كان فى يده سكين فوقعت على حلق شاة فقتلتها حل فى قول ابى إسحق ، لانه حصل الذبح بفعله ، وعلى

قول الآخر لا تحل ، لأنه لم يقصد[1] ، وإن راى صيدا فظنه حجرا او حيوانا غير الصيد ، فرماه فقتله حل اكله ، لأنه قتله بفعل قصده ، وإنما جهل حقيقته ، والجهل بذلك لا يؤثر ، كما لو قطع شيئا فظنه غير الحيوان فكان حلق شاة ، وإن أرسل على ذلك كلبا فقتله . ففيه وجهان (أحدهما) يحل كما يحل إذا رماه بسهم (والثانى) لا يحل ، لأنه ارسله على غير صيد ، فاشبه إذا أرسله على غير شىء) .

(الشرح) قال أصحابنا : إذا أرسل كلبا وهو لا يرى صيدا فاعترض صيدا فقتله لم يحل لما ذكره المصنف وهذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وحكى الروياني فى كتابه الكافى وغيره من أصحابنا فيه وجها أنه يحل ، وهو شاذ ضعيف ، ولو أرسل سهما فى الهواء وهو لا يرى صيدا ، أو أرسله فى فضاء الأرض لاختبار قوته ، أو رمى إلى هدف فاعترض صيدا فأصابه وقتله ، وكان لا يخطر له الصيد ، أو كان يراه ولكن رمى إلى هدف أو ذئب ، ولم يقصد الصيد ، فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) المنصوص لا يحل لعدم قصده (والثانى) يحل ، قاله أبو إسحق ، ولو كان يحل سيفه فأصاب عنق شاة وقطع الحلقوم والمرىء من غير علم بالحال فطريقان (المذهب) أنه ميتة محرمة ، وبه قطع إمام الحرمين وغيره والثانى فيه وجهان .

ولو رمى ما ظنه حجرا أو جرثومة أو آدميا معصوما أو غير معصوم ، أو خنزيرا أو حيوانا آخر محرما ، فكان صيدا فقتله ، أو ظنه صيدا غير مأكول ، فكان مأكولا ، أو قطع فى ظلمة ما ظنه ثوبا فكان حلق شاة ، فانقطع الحلقوم والمرىء ، أو أرسل كلبا إلى شاخص يظنه حجرا فكان صيدا ، أو لم يغلب على ظنه شىء من ذلك ، أو ذبح فى ظلمة حيوانا فظنه

---

(1) فى النسخة المطبوعة من المهذب جعل المصنف قوله : (وان راى صيدا) اول فصل جديد بداه بكلمة (فصل) وفى نسخة النووى هنا لم يفصل هذه القطعة الى فصلين وقد شرحهما والحمد لله . (ط)

محرما ، وكان شاة ، فالمذهب أنه حلال فى جميع هذه الصور ، وفى الجميع وجه ضعيف أنه حرام لعدم القصد ، ولو رمى إلى شاته الربيطه سهما جارحا فأصاب الحلقوم والمرىء وفاقا ، وقطعهما ، ففى حل الشاة مع القدرة على ذبحها احتمال لإمام الحرمين ، قال : ويجوز أن يفرق بين أن يقصد الذبح بسهمه ، وبين أن يقصد الشاة فيصيب المذبح ، والأصح الحل ، والله تعالى أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن رمى شيئا يظنه حجرا وكان صيدا فقتله ، قد ذكرنا أن الصحيح عندنا حله ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : لا يحل ، وقال محمد بن الحسن : إن ظنه حجرا لم يحل ، وإن ظنه حيوانا محرما كالكلب والخنزير حل إلا أن يظنه آدميا فلا يحل ، وكذا قال أحمد : إذا ظنه إنسانا لم يحل ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : إذا رأى خنزيرا بريا أو أسدا أو ذئبا وكان ظبيا حل ، وقال زفر : لا يحل .

(فرع) فى مذاهبهم فيمن أرسل كلبا على صيد وأخذ غيره فى طريقه وسمته ، مذهبنا أنه حلال كما سبق ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال مالك وداود : لا يحل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن توحش اهلى أو ند بعير أو تردى فى بئر فلم يقدر على ذكاته فى حلقه فذكاته حيث يصاب من بدنه ، لما روى رافع بن خديج قال : « كنا مع النبى ﷺ فى غزاة وقد اصاب القوم غنما وإبلا فند منها بعير فرمى بسهم فحبسه الله به ، فقال رسول الله ﷺ : إن هذه البهائم لها أوابد كأوابد الوحش ، فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا » وقال ابن عباس رضى الله عنه : « ما أعجزك من البهائم فهو بمنزلة الصيد » ولأنه يتعذر ذكاته فى الحلق ، فصار كالصيد ، وإن تأنس الصيد فذكاته ذكاة الأهلى ، كما أن الأهلى إذا توحش فذكاته ذكاة الوحشى).

(الشرح) حديث رافع رواه البخاري ومسلم ، والأثر المذكور عن ابن عباس صحيح رواه البيهقي بإسناده ، وذكره البخاري في صحيحه تعليقا بصيغة الجزم ، فهو صحيح عنده (وقوله) ند هو ــ بفتح النون وتشديد الدال ــ أي هرب ، والأوابد ــ بفتح الهمزة وبالباء الموحدة ــ وهي النفور والتوحش جمع آبدة ــ بالمد وكسر الباء ــ ويقال : أبدت ــ بفتح الباء والتخفيف ــ يأبد ويأبد ــ بكسر الباء وضمها ــ وتأبدت أي توحشت ونفرت من الإنس •

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الحيوان المأكول الذي لا تحل ميتته ضربان مقدور على ذبحه ومتوحش فالمقدور عليه لا يحل إلا بالذبح في الحلق واللبة كما سبق ، وهذا مجمع عليه ، وسواء في هذا الإنسي والوحشي إذا قدر على ذبحه ، بأن أمسك الصيد ، أو كان متوحشا فلا يحل إلا بالذبح في الحلق واللبة لما ذكره المصنف ، وأما المتوحش كالصيد فجميع أجزائه مذبح ، ما دام متوحشا ، فاذا رماه بسهم ، أو أرسل عليه جارحة فأصاب شيئا من بدنه ومات به ، حل بالإجماع ، ولو توحش إنسي بأن ند بعير أو بقرة أو فرس ، أو شردت شاة أو غيرها ، فهو كالصيد يحل بالرمي إلى غير مذبحه ، وبإرسال الكلب من الجوارح عليه ، وهذا بلا خلاف عندنا ، لما ذكره المصنف ، ولو تردى بعير أو غيره في بئر ولم يمكن قطع حلقومه فهو كالبعير الناد في حله بالرمي بلا خلاف ، وفي حله بإرسال الكلب وجهان حكاهما الماوردي والروياني والشاشي وغيرهم (أصحهما) عندهم ، في الحاوي والبحر والمستظهري التحريم (واختار) البصريون الحل والأول أرجح والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : وليس المراد بالتوحش مجرد الإفلات بل متى تيسر اللحوق بعدو أو استعانة بمن يمسكه ، فليس ذلك توحشا ، ولا يحل حينئذ إلا بالذبح في المذبح قال الرافعي : ولو تحقق العجز في الحال فقد

أطلق الأصحاب أن البعير ونحوه كالصيد ، لأنه قد يريد الذبح فى الحال ؛ فتكليفه الصبر إلى القدرة يشق عليه • قال إمام الحرمين : والظاهر عندى أنه لا يلحق بالصيد بذلك لأنها حالة عارضة قربتها له ، قال : لكن لو كان الصبر والطلب يؤدى إلى مهلكة أو مسبعة فهو حينئذ كالصيد ، وإن كان يؤدى إلى موضع لصوص وعصبات مترصدين فوجهان ، والفرق أن تصرفهم وإتلافهم متدارك بالضمان • هذا كلام الإمام . قال الرافعى . والمذهب ما قدمناه عن الأصحاب . والله أعلم •

(فرع) فى كيفية الجرح المفيد للحل فى الناد والمتردى وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور أنه يكفى جرح يفضى إلى الزهوق كيف كان (والثانى) لابد من جرح مذفف . واختاره القفال وإمام الحرمين •

(فرع) حيث جرح الناد والمتردى فقتله حل ، سواء كانت الجراحة فى فخذه أو خاصرته أو غيرهما من بدنه ، هذا هو المذهب ؛ وهو المنصوص، وبه قطع العراقيون وجمهور الخراسانيين ، وقال الغزالى فى الوسيط : قال رسول الله ﷺ : « لو طعنت خاصرته لحلت لك » قال : فقال المراوزة خصص الخاصرة ليكون الجرح مذففا فلا يجوز جرح آخر . وإن كان يفضى إلى الموت . قال : ومنهم من قال : يكفى كل جراحة تفضى إلى الموت ، هذا لفظه فى الوسيط ، وفيها منكرات (منها) تغيير الحديث (ومنها) تغيير الحكم •

(أما) الحديث فقد سبق بإنكاره الإمام أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله فقال : هذا اختصار من الغزالى لحديث استدل به فى ذلك شيخه إمام الحرمين قال : « روى أن رجلا يعرف بأبى العشراء[1] تردى له بعير

(1) فى ش و ق والوحيدة بالسين المهملة وصوابه بالمعجمة هكذا ضبطه الحافظ فى التقريب . (ط)

فى بئر فهلك ، فرفعت القصـة إلى رسول الله ﷺ » فقال لأبى العشراء : « وأبيك لو طعنت فى خاصرتها لحلت لك » قال أبو عمرو : وفيما ذكره إمام الحرمين ثلاثة أغلاط ، وذلك أن هذا الحديث تفرد بروايته حماد بن أبى سلمة عن أبى العشراء الدارمى عن أبيه قال : « قلت : يا رسول الله أما تكون الذكاة إلا فى الحلق واللبة قال : وأبيك لو طعنتها فى فخـذها لأجزأ عنك » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه فى كتبهم المعتمدة .

وأبى العشراء ــ بضم العين وبالمد على وزن الشعراء ــ اسمه أسامة بن مالك ، وقيل غير ذلك ، فوقع فيما ذكره إمام الحرمين الغلط من أوجه .

(أحدها) جعله أبا العشراء هو الذى خاطبه النبى ﷺ وإنما هو أبوه وأبو العشراء تابعى مشهور .

(والثانى) فى ذكره : تردى البعير فى بئر ، الحديث ، وليس ذلك من الحديث ، وإنما هو تفسير من أهل العلم للحديث ، قالوا : هذا عند الضرورة فى التردى فى البئر وأشباهه . وإن كان الشيخ أبو حامد الاسفراينى قد قال بعد ذكره الحديث دون ذكر التردى : وفى بعض الأخبار أنه سئل عن بعير تردى فى بئر فقال : « أما تصلح الذكاة إلا فى الحلق واللبة » ؟ وذكر الحديث ، فان ذلك أيضا باطل لا يعرف .

(والثالث) فى قوله : « لو طعنت فى خاصرتها » وإنما قال : « فى فخذها » وذكر الخاصرة ورد فى أثر رويناه ، وذكره الشافعى رحمه الله قال : « تردى بعير فى بئر وطعن فى شاكلته فسئل عبد الله بن عمر فأمر بأكله » والشاكلة الخاصرة . ولا يثبت والحالة هذه ما رامه المراوزة من تخصيص الخاصرة وأشباهها ، فالصحيح إذن قول غيرهم : إنه يكفى فى

أى موضع كان لقوله ﷺ « لو طعنت فى فخذها » هذا آخر كلام الشيخ أبى عمرو ، وهو كما قال ، وهذا الحديث الذى رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم حديث ضعيف ، فقد اتفقوا على أن مداره على أبى العشراء ، قالوا : وهو مجهول لا يعرف إلا فى هذا الحديث ، ولم يرو عنه غير حماد بن أبى سلمة ، وقد اتفق أهل العلم بالحديث على أن من لم يرو عنه غير واحد فهو مجهول إلا أن يكون مشهورا بعلم أو صلاح أو شجاعة ونحو ذلك ، ولم يوجد شىء من هذا الاستثناء فى أبى العشراء فهو مجهول •

واتفقوا على أنه لم يرو عنه غير حماد بن أبى سلمة ، قال الترمذى : هو حديث غريب لا يعرف إلا من حديث حماد ، قال : ولا يعرف لأبى العشراء عن أبيه غير هذا الحديث ، وقال البخارى فى تاريخه فى حديث أبى العشراء وسماعه من أبيه : فيه نظر والله أعلم ، فالصواب أنه فى أى موضع جرحه فمات منه حل ، سواء الخاصرة والفخذ وغيرهما ، لحديث رافع بن خديج المذكور فى الكتاب ، وقوله ﷺ : « فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا » وهو ثابت فى الصحيح كما سبق ، ولا معارض له ، ولم يثبت له مخصص ، فيجب العمل بعمومه وإطلاقه فى كل معجوز عنه كما قاله الأصحاب ، ونص عليه الشافعى ، ويتعين رد ما حكى عن المراوزة ، والله أعلم •

(فرع) لو وقع بعيران فى بئر ، أحدهما فوق الآخر فطعن الأعلى فمات الأسفل بثقله حرم الأسفل ، فلو تعدت الطعنة فأصابته أيضا حلا جميعا ، فان شك هل مات بالطعنة النافذة ؟ أم بالثقل ؟ وقد علم أن الطعنة أصابته قبل مفارقة الروح حل ، وإن شك هل أصابته قبل مفارقة الروح أم بعدها ؟ قال البغوى فى الفتاوى : يحتمل وجهين بناء على القولين فى العبد الغائب المنقطع خبره ، هل يجزىء فى الكفارة ؟

(فــرع) لو رمى حيوانا غير مقدور عليه فصار مقدورا فأصاب غير المذبح لم يحل ، ولو رمى مقدورا عليه فصار غير مقدور عليه ، فأصاب غير مذبحه حل .

(فــرع) فى مذاهب العلمــاء فيمــا إذا توحش الحيوان الإنسى المــأكول فلم يقدر عليه كالبعير الناد ، أو الشاة أو البقرة ، أو تردى فى بئر وعجز عن عقره فى محل الذكاة . فمذهبنا أن كل موضع من بدنه محل لذكاته ، فحيث جرحه فقتله حل أكله ، وبه قال جمهور العلمــاء ، منهم على بن أبى طالب وابن مسعود وابن عمر وابن عبــاس وطاوس وعطاء والشعبى والحسن البصرى والأسود بن يزيد والحكم وحماد والنخعى والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور والمزنى وداود ، وقال سعيد بن المسيب وربيعة والليث بن سعد ومالك : لا يحل إلا بذكاته فى موضع الذبح ، وهو الحلق واللبة ، ولا يتغير موضع الذكاة بتوحشــه وترديه . دليلنا حديث رافع بن خديج السابق .

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(وإن ذكى ما يؤكل لحمه ووجد فى جوفه جنينا ميتا حل اكله ، لما روى ابو سعيد قال : قلنا : يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة وفى بطنها الجنين ، أنلقيه ؟ أم ناكله ؟ فقال : « كلوه إن شئتم ، فإن ذكاته ذكاة أمه » ولأن الجنين لا يمكن ذبحه ، فجعل ذكاة الأم ذكاة له ، وإن خرج الجنين حيا وتمكن من ذبحه لم يحل من غير ذبح ، وإن مات قبل أن يتمكن من ذكاته حل) .

(الشرح) حديث أبى سعيد الخدرى هذا رواه أبو داود بلفظه ، ورواه أبو داود أيضا والترمذى وابن ماجه من رواية مجالد[1] عن أبى الوداك عن أبى سعيد عن النبى ﷺ قال : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » قال

---

(١) فى ش و ق (مجاهد) وصوابه مجالد .

الترمذى : حديث حسن ، قال : وقد روى من غير هذا الوجه عن أبى سعيد قال : والعمل على هذا الحديث عنـــد أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم ، قال : وفى الباب عن جابر وأبى أمامة وأبى الدرداء وأبى هريرة : هذا كلام الترمذى ، وهذه الرواية مع رواية المصنف التى نقلها عن سنن أبى داود مدارها على مجالد وهو ضعيف لا يحتج ، وقد قال الترمذى : إنه حديث حسن فلعله روى من طريق آخر تقوى بعضها ببعض فيصير حسنا ، كما قال الترمذى ، فانه قد ذكر أنه روى من طريق آخر عن أبى سعيد ، ورواه البيهقى من طريق جابر مرفوعا «ذكاة الجنين ذكاة أمه» باسناد جيد إلا أن فيه رجلا جرحه الأكثرون ، واحتج به البخارى فى صحيحه ، ثم قال البيهقى : فى الباب عن على وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وأبى أيوب وأبى هريرة وأبى الدرداء والبراء بن عازب رضى الله عنهم مرفوعا ، فقد تعاضدت طرقه كمـــا ترى ، فلهذا صار حديثـــا حسنا يحتج به كما قاله الترمذى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

وقوله : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » هو بالرفع فى ذكاة أمه تقديره ذكاة الجنين حاصلة بذكاة أمه [1] .

(اما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : إذا ذبح المـــأكولة فوجد فى جوفها جنينا ميتا فهو حلال بلا خلاف ، سواء أشعر أم لا ، قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق : إنما يحل إذا سكن فى البطن عقب ذبح الأم ، أما إذا بقى زمنا طويلا يضطرب ويتحرك ، ثم سكن فوجهان (الصحيح) أنه حرام ، قال أصحابنا : ولو جرح الجنين وبه حركة مذبوح ثم مات حل ، لأنه فى معنى الذى مات فى البطن قبل الذبح ، وإن جرح وفيه حياة مستقرة وأمكن ذبحه فلم يذبحه حتى مات فهو حرام ، وإن لم

---

(1) وقد ضبطه بعض علماء الأمصار بنصب ذكاة الثانية فيكون اعرابه بنصبه بحذف الخافض وهو كاف التشبيه فيأتى (ذكاة الجنين كذكاة أمه) وبه قال أبو حنيفة وأما الثلاثة رضى الله عنهم فأعربوه بالرفع على الخبرية فلا يذكى الجنين حد ذكاة أمه . (ط)

يتمكن من ذبحه حتى مات فهو حلال كما قاله المصنف والأصحاب ، قياسا على الصيد ، ولو أخرج رأسه وفيه حياة مستقرة ثم ذبحت الأم فمات قبل انفصاله فوجهان (أصحهما) وبه قطع القفال : يحل ، لأن خروج بعض الولد كعدم خروجه فى العدة وسائر الأحكام (والثانى) وبه قطع القاضى حسين والبغوى لا يحل إلا بذبحه . لأنه مقدور عليه .

قال البغوى : ولو أخرج رجله فقياس ما قال القاضى حسين أنه يجرحه بسكين ونحوه ليحل كما لو تردى بعير فى بئر ، ولو وجد فى جوف المذكاة مضغة لم تتبين فيها الصورة ، ولا تشكلت الأعضاء ، ففى حلها وجهان ، بناء على وجوب الغرة فيها ، وثبوت حكم الاستيلاد ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى المسألة .

مذهبنا أن الحيوان المأكول إذا ذكى فخرج من جوفه جنين ميت حل : وبه قال العلماء كافة من الصحابة والتابعين ، ومن بعدهم من علماء الأمصار إلا أبا حنيفة وزفر ، فقالا : لا يحل حتى يخرج حيا فيذكى . وقال مالك : إن خرج ميتا تام الخلق وتم شعره فحلال بذكاة الأم . وإن لم يتم ولم ينبت شعره فحرام . قال ابن المنذر : كان الناس على إباحته لا نعلم أحدا خالف ما قالوه إلى أن جاء أبو حنيفة فحرمه ، وقال : ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين : ونقل الخطابى أن ابن المنذر قال فى كتاب آخر له : إنه لم يقل بقول أبى حنيفة أحد من العلماء غيره . قال : ولا أحسب أصحابه وافقوه عليه قال الخطابى : وقد ذهب أكثر العلماء إلى إباحته لكن اشترط بعضهم فيه الإشعار .

واحتج لأبى حنيفة بأن ذكاة حيوان لا تكون ذكاة حيوان آخر . قال : وتأولوا حديث : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » أى ذكاته كذكاة أمه أى

ذكوه كما تذكون أمه . واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف من الحديث ، والقياس على الصيد ، قال الخطابي والأصحاب : وهذا المنقول عن رواية أبي داود المذكورة في الكتاب صريح في الدلالة لمذهبنا ، ومبطل لتأويلهم المذكور ، ولأن حقيقة الجنين ما كان في البطن ، وذبحه في البطن لا يمكن ، فعلم أنه ليس المراد أنه يذكى كذكاة أمه ، بل ذكاة أمه كافية في حله ، ومما يؤيد هذا أن في رواية البيهقي : « ذكاة الجنين في ذكاة أمه » وفي رواية له أيضا : « ذكاة الجنين بذكاة أمه » ولأنه لو كان المراد ما قالوه لم يكن للجنين مزية ، ولأنه يتبعها في العتق فيتبعها في الذكاة كالأعضاء والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا اثبت صيدا بالرمي او بالكلب فازال امتناعه ملكه لانه حبسه بفعله فملكه ، كما لو امسكه بيده ، فإن رماه اثنان واحد بعد واحد فهو لمن اثبته منهما فإن ادعى كل واحد منهما أنه هو الذى سبق وازال امتناعه وان الآخر رماه فقتله فعليه الضمان ، لم يحل اكله ، لانهما اتفقا على أنه قتل بعد إمكان ذبحه ، فلم يحل ، ويتحالفان ، فإذا حلفا برىء كل واحد منهما مما يدعى الآخر وإن اتفقا على أن أحدهما هو السابق غير أن السابق ادعى أنه هو الذى أثبته بسهمه ، وادعى الآخر أنه بقى على الامتناع إلى أن رماه هو ، فالقول قول الثانى ، لأن الأصل بقاؤه على الامتناع وإن كان الصيد مما يمتنع بالرجل والجناح كالقبج والقطا فرماه احدهما فأصاب الرجل ثم رماه فاصاب الجناح ، ففيه وجهان (احدهما) أنه يكون بينهما لانه زال الامتناع بفعلهما فتساويا (والثانى) انه للثانى ، وهو الصحيح لأن الامتناع لم يزل إلا بفعل الثانى ، فوجب أن يكون له) .

(**الشرح**) في الفصل مسألتان :

(أحدهما) فيما يملك به الصيد .

(والثانية) في الازدحام عليه (فأما) الثانية فنؤخر شرحها ونذكره مع الفصلين بعدها إن شاء الله تعالى (وأما الأولى) فقال أصحابنا : يملك

الصيد بطرق (منها) أن يضبطه بيده فيملكه ولا يشترط فيه قصد التملك فى أخذه بيده حتى لو أخذ صيدا لينظر إليه ملكه بلا خلاف • ولو سعى وراء صيد ليأخذه فوقف الصيد للإعياء لم يملكه حتى يقبضه (ومنها) أن يجرحه جراحة مذففة أو رمية مثخنة أو يرميه فيملكه ، وكذا إن كان طائرا فكسر جناحه فعجز عن العدو والطيران جميعا ؛ قالوا : ويكفى المتملك إبطال شدة العدو وصيرورته بحيث يسهل لحاقه ، ولو جرحه فعطش وثبت لم يملكه إن كان عطشه لعدم المـاء ، وإن كان لعجزه عن الوصول إلى المـاء ملكه ؛ لأن عجزه بالجراحة •

(ومنها) لو نصب شبكة ونحوها للصيد فوقع فيها صيد ملكه ، فلو طرده طارد فوقع فى الشبكة ؛ فهو لصاحب الشبكة لا للطـارد ، وقال المـاوردى وغيره : ولو وقع طائر فى الشبكة ثم تقطعت الشبكة فأفلت وذهب ــ فإن كان ذلك بقطع الصيد الواقع فيها عاد مباحا فيملكه من صاده بعد ذلك لأن الأول لم تثبته شبكته وإلا فيملكه صاحب الشبكة وهو باق على ملكه فلا يملكه من أخذه ، وقال الغزالى فى الوسيط ، فى باب البئر : لو وقع فى الشبكة فأفلت لم يزل ملكه على الصحيح ، هكذا أطلقه الغزالى ؛ والمذهب التفصيل الذى ذكره المـاوردى • ولو تعقل الصيد بالشبكة ، ثم قلع الشبكة وذهب بها فأخذه إنسان نظر ــ إن كان يعدو ويمتنع مع الشبكة ــ فله الأخذ ، فإن أبطل ثقل الشبكة امتناعه بحيث تيسر أخـذه فهو لصاحب الشبكة ولا يملكه غيره •

(ومنها) إذا أرسل كلبا فأثبت صيدا ملكه المرسل ؛ فلو أرسل سبعا آخر فعقره وأثبتـه ، قال المـاوردى : إن كان له على السبع يد ملك الصيد ، وإلا فلا ، ولو أفلت الصيد بعدما أخذه الكلب قال الرويانى : قال بعض الأصحاب : إن كان ذلك قبل أن يدركه صاحبه لم يملكه ، وإن كان

بعده فوجهان (أصحهما) لا يملكه ؛ لأنه لم يقبضه ولا زال امتناعه ، فعلى هذا يملكه من صاحبه بعد ذلك .

(ومنها) إذا ألجأه إلى مضيق لا يقدر على الإفلات منه ملكه ، وذلك بأن يدخله بيتا ونحوه . ولو اضطر سمكة إلى بركة صغيرة أو حوض صغير على شط نهر ملكه ؛ كما لو اضطر الصيد إلى بيت . والصغير هو ما يسهل أخذها منه ؛ ولو اضطرها إلى بركة واسعة يعسر أخذها منها أو دخلتها السمكة فسد منافذها ففيها الخلاف الذى سنذكره إن شاء الله تعالى قريبا . فيما إذا دخل الصيد ملكه (فإن قلنا) بالأصح إنه لا يملكه بالدخول فسد منازل البركة ملك السمكة ؛ لأنه تسبب إلى ضبطها . والله أعلم .

قال الرافعى : وقد ترجع جميع هذه الطرق إلى شىء واحد ، وهو أن يقال : سبب ملك الصيد إبطال زوال امتناعه ، وحصول الاستيلاء عليه . وذلك يحصل بالطرق المذكورة والله تعالى أعلم .

(**فــرع**) لو توحل صيد بأرض إنسان وصار مقدورا عليه فوجهان (أحدهما) يملكه كما لو وقع فى شبكته (وأصحهما) لا يملــكه ؛ لأنه لا يقصد بسقى الأرض الاصطياد . قال إمام الحرمين ، الخلاف فيما إذا لم يكن سقى الأرض مما يقصد به الاصطياد وتوحل الصيود ، فإن كان يقصد فهو كنصب الشبكة ، ولم يتعرض الرويانى لأرض الشخص ، بل قال : لو توحل وهو فى طلبه لم يملكه ، لأن الطين ليس من فعله فلو كان هو أرسل المــاء فى الأرض ملكه ، لأن الوحل حصل بفعله ، فهو كالشبكة ، قال الرافعى : ويشبه أن يكون هذا عائدا إلى ما ذكره الإمام من قصــد الاصطياد بالسقى .

ولو وقع صيد فى أرض وصار مقدورا عليه أو عشش فى أرضه طائر وباض وفرخ ، وحصلت القدرة على البيض والفرخ ، لم يملكه على أصح الوجهين وبه قطع البغوى وغيره (والثانى) يملكه . قال البغوى : ولو

حفر حفرة لا للصيد فوقع فيها صيد لم يملكه ، وإن حفر للصيد ملك ما وقع فيها ، ولو أغلق باب الدار لئلا يخرج صار ملكا له . قال إمام الحرمين : قال الأصحاب : إذا قلنا : لا يملكه صاحب الأرض والدار ، فهو أولى بملكه ، وليس لغيره أن يدخل ملكه ويأخذه . فإن فعل فهل يملكه ؟ فيه وجهان كمن يحجر مواتا وأحياء غيره ، هل يملكه ؟ وهذه الصور أولى بثبوت الملك ، لأن الحجر للإحياء ولا يقصد ببناء الدار وقوع الصيد فيها (والأصح) فى الصورتين أن المحيى وآخذ الصيد يملكان ، وإن كانا غاصبين بتفويت حق المتحجر وصاحب الأرض . ولو قصد ببناء الدار تعشيش الطير فعشش فيها طير ، أو وقعت الشبكة من يده بغير قصد فتغفل[1] فيها صيد فوجهان ، لأنه وجد فى الأولى قصد . لكنه ضعيف ، وفى الثانية حصل الاستيلاء بملكه . لكنه بلا قصد (والأصح) أنه يملكه فى الصورة الأولى دون الثانية .

(فرع) لو دخل بستان غيره أو داره ، وصاد فيه طائرا أو غيره . ملكه الصائد بلا خلاف ولو دخل صيد دار إنسان وقلنا بالأصح : إنه لا يملكه فأغلق أجنبى عليه لم يملكه صاحب الدار ، ولا الأجنبى ، لأنه متعد لم يحصل الصيد فى يده بخلاف من غصب شبكة واصطاد بها .

(فرع) لو أخذ الكلب المعلم صيدا بغير إرسال ثم أخذه أجنبى من فمه يملكه الآخذ ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الرافعى فيه وجها شاذا أنه لا يملكه . واحتجوا للأول بما لو أخذ فرخ طائر من شجر غيره ، فإن الآخذ يملكه وأما الكلب الذى ليس بمعلم إذا أرسله صاحبه فأخذ صيدا فأخذه منه أجنبى وهو حى ، فقال الرافعى : ينبغى أن يكون للمرسل ، ويكون إرساله كنصب شبكة تغفل[2] بها الصيد ، قال : فاحتمل خلافه لأن للكلب اختيارا .

(١ ، ٢) لعله معقل . (المطيعى)

قال المصنف رحمه الله تعـالى

((وإن رمى الصيد اثنان احدهما بعد الآخر . ولم يعلم بإصابة من منهما صار غير ممتنع ، فقد قال في المختصر : إنه يؤكل ، ويكون بينهما فحمل ابو إسحق هذا على ظاهره فقال : يحل اكله ، لأن الأصل انه بقى بعد عقـر الأول على الامتناع ، إلى ان قتله الآخر فيحل ويكون بينهما ، لأن الظـاهر انهما مشتركان فيه بحكم اليد ومن اصحابنا من قال : إن بقى على الامتناع حتى رماه الآخر فقتله حل ، وكان للثانى ، وإن زال امتناعه بالأول فهو للأول ، ولا يحل بقتل الثانى . لأنه صار مقدورا عليه فيجب ان يتاول عليه إذا لم يمتنع الصيد حتى أدركه وذكاه فيحل . واختلفا في السابق منهما فيكون بينهما(١) فإن رمى رجل صيدا فازال امتناعه ثم رماه الآخر نظرت ــ فإن اصاب الحلقوم والمرىء فقتله ــ حل اكله . لأنه قد صار ذكاته في الحلق واللبة وقد ذكاه في الحلق واللبة ويلزمه للأول ما بين قيمته مجروحا ومذبوحا كما لو ذبح له شاة مجروحة . وإن اصاب غير الحلق واللبة نظرت فإن وحاه لم يحل اكله لأنه قد صار ذكاته في الحلق واللبة فقتله بغير ذكاة فلم يحل. ويجب عليه قيمته لصاحبه مجروحا كما لو قتل له شاة مجروحة فإن لم يوحه وبقى مجروحا ثم مات نظرت فإن مات قبل ان يدركه صاحبه أو بعد ما أدركه وقبل ان يتمكن من ذبحـه وجب عليه قيمته مجروحا لأنه مات من جنايته وإن أدركه وتمكن من ذبحه فلم يذبحه حتى مات لم يحل أكله ، لأنه ترك ذكاته في الحلق مع القدرة واختلف اصحابنا في ضمانه فقال ابو سعيد الإصطخري : تجب عليه قيمته مجروحا لأنه لم يوجد من الأول اكثر من الرمى الذى ملك وهو فعل مباح وترك ذبحه إلى ان مات ، وهذا لا يسقط الضمان كما لو جرح رجل شاة لرجل فترك صاحبها ذبحها حتى ماتت .

(والمذهب) انه لا يجب عليه كمال القيمة ، لأنه مات بسببين محظورين ، جناية الثانى وسراية جرح الأول ، فالسراية كالجناية في إيجاب الضمان، فيصير كانه مات من جناية اثنين ، وما هلك بجناية اثنين لا يجب على احدهما كمال القيمة ، وإذا قلنا بهذا قسم الضمان على الجانبين ، فما يخص الأول يسقط عن الثانى ، ويجب عليه الباقى ، ونبين ذلك في جنايتين مضمونتين ، ليعرف ما يجب على كل واحد منهما ، فما وجب على الأول منهما من قيمته اسقطناه عن الثانى

---

(١) في نسخة المهذب تلركى هنا (فصل) .   (ط)

فنقول : إذا كان لرجل صيد قيمته عشرة فجرحه رجل جراحة نقص من قيمته درهم ثم جرحه آخر فنقص درهم ، ثم مات ، ففيه لأصحابنا ستة طرق (احدها) وهو قول المزنى انه يجب على كل واحد منهما ارش جنايته ، ثم تجب قيمته بعد الجنايتين بينهما نصفين ، فيجب على الأول درهم ، وعلى الثانى درهم ، ثم تجب قيمته بعد الجنايتين وهى ثمانية ، بينهما نصفان على كل واحد منهما أربعة ، فيحصل على كل واحد منهما خمسة ، لأن كل واحد منهما انفرد بجنايته فوجب عليه أرشها ثم هلك الصيد بجنايتهما ، فوجب عليهما قيمته .

(والثانى) وهو قول أبى إسحق أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته يوم الجناية ونصف أرش جنايته ، فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف ، وسقط عنه النصف لأن أرش الجناية يدخل فى النفس ، وقد ضمن نصف النفس والجناية كانت على النصف الذى ضمنه ، وعلى النصف الذى ضمنه الآخر ، فما حصل على النصف الذى ضمنه يدخل فى الضمان ، فيسقط ، وما حصل على النصف الذى ضمنه الآخر يلزم فيحصل عليه خمسة دراهم ونصف ، والآخر جنى وقيمته تسعة ، فيلزمه نصف قيمته اربعة ونصف ، وأرش جنايته درهم فيدخل نصفه فى النصف الذى ضمنه ، ويبقى النصف لأجل النصف الذى ضمنه الأول ، فيجب عليه خمسة دراهم ، ثم يرجع الأول على الثانى بنصف الأرش الذى ضمنه وهو نصف درهم ، لأن هذا الأرش وجب بالجناية على النصف الذى ضمنه الأول وقد ضمن الأول كمال قيمة النصف ، فرجع بارش الجناية عليه ، كرجل غصب من رجل ثوبا فخرقه رجل ثم هلك الثوب ، وجاء صاحبه وضمن الغاصب كمال قيمة الثوب ، فإنه يرجع على الجانى بارش الخرق ، فيحصل على الأول خمسة دراهم وعلى الثانى خمسة دراهم ، فهذا يوافق قول المزنى فى الحكم وإن خالفه فى الطريق .

(والثالث) وهو قول أبى الطيب بن سلمة انه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته حال الجناية ، ونصف ارش جنايته ، ويدخل النصف فيما ضمنه صاحبه ، كما قال ابو إسحق إلا انه قال : لا يعود من الثانى إلى الأول شىء ، ثم ينظر لما حصل على كل واحد منهما ، ويضم بعضه إلى بعض ، وتقسم عليه العشرة فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف ، وعلى الثانى خمسة دراهم ، فذلك عشرة ونصف ، فتقسم العشرة على عشرة ونصف فما يخص خمسة ونصفا يجب على الأول وما يخص خمسا ، يجب على الثانى .

(والرابع) ما قال بعض اصحابنا إنه يجب على الأول أرش جنايته ثم

نجب قيمته بعد ذلك بينهما نصفين ولا يجب على الثانى أرش جنايته، فيجب على الأول درهم ثم تجب التسعة بينهما نصفين على كل واحد منهما اربعة دراهم ونصف ، فيحصل على الأول خمسة دراهم ونصف ، وعلى الثانى اربعة دراهم ونصف ، لأن الأول انفرد بالجناية ، فلزمه أرشها ثم اجتمع جناية الثانى وسراية الأول ، فحصل الموت منهما فكانت القيمة بينهما .

(والخامس) ما قال بعض اصحابنا إن الأرش يدخل فى قيمة الصيد ، فيجب على الأول نصف قيمته حال الجناية ، وهو خمسة وعلى الثانى نصف قيمته حال الجناية ، وهو اربعة ونصف ، ويسقط نصف درهم قال : لأنى لم اجد محلا اوجبه فيه .

(والسادس) وهو قول ابى على بن خيران ، وهو ان ارش جناية كل واحد منهما يدخل فى القيمة ، فتضم قيمة الصيد عند جناية الاول إلى قيمة الصيد عند جناية الثانى ، فتكون تسعة عشر ، ثم تقسم العشرة على ذلك ، فما يخص عشرة فهو على الأول وما يخص تسعة فهو على الثانى ، وهذا اصح الطرق ، لأن أصحاب الطرق الأربعة لا يدخلون الأرش فى بدل النفس ، وهذا لا يجوز لان الارش يدخل فى بدل النفس ، وصاحب الطريق الخامس يوجب فى صيد قيمته عشرة ، تسعة ونصفا ، ويسقط من قيمته نصف درهم ، وهذا لا يجوز).

(الشرح) هذا الفصل مع الفصل الذى قبله والفصل الذى بعده مرتبطة ، ومسائلها متداخلة ، وهى متشعبة ، وقد لخصها الرافعى رحمه الله تعالى ، فأنا إن شاء الله أنقل ما ذكره ، وأضم إليه ما تركه مع التنبيه على كلام المصنف رحمه الله ، قال الرافعى : الاشتراك فى الصيد والازدحام عليه له أربعة أحوال :

(الحال الأول) أن يتعاقب جرحان من اثنين ، فالأول منهما إن لم يكن مذففا ولا مزمنا ، بل بقى على امتناعه ، وكان الثانى مذففا أو مزمنا فالصيد للثانى ولا شىء له على الأول بجراحته ، وإن كان جرح الأول مذففا فالصيد للأول ، وعلى الثانى أرش ما نقص من لحمه وجلده برميه ، وإن كان جرح الأول مزمنا ملك الصيد به ونفصل فى الثانى ، فإن ذفف فقطع الحلقوم والمرىء فهو حلال للأول ، وعلى الثانى للأول ما بين قيمته

مذبوحا ومزمنا ، قال الإمام : إنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة مستقرة . وإن كان متألما بحيث لو لم يذبح لهلك ، فعندى أنه لا ينقص منه بالذبح شيء ، فإن ذفف الثانى لا بقطع الحلقوم والمرىء أو لم يذفف ومات بالجرحين فهو صيد ، وكذا الحكم لو رمى إلى صيد فأزمنه ثم رمى إليه ثانيا وذفف لا بقطع المذبح ، ويجب على الثانى كمال قيمة الصيد مجروحا . إن كان ذفف ، فإن كان جرح لا يذفف ومات بالجرحين ، ففيما يجب عليه كلام له مقدمة نذكرها أولا وهى :

إذا جنى رجل على عبد إنسان أو بهيمته ، أو صيد مملوك قيمته عشرة دنانير ، جراحة أرشها دينار ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار أيضا فمات بالجرحين ففيما يلزم الجارحين ستة أوجه مشهورة :

(أحدها) يجب على الأول خمسة دنانير ، وعلى الثانى أربعة ونصف لأن الجرحين سريا وصارا قتلا ، فلزم كل واحد نصف قيمته وهذا قول ابن سريج ، وضعفه الأصحاب ، لأن فيه ضياع نصف دينار على المالك .

(والثانى) قاله المزنى وأبو إسحق المروزى والقفال يلزم كل واحد خمسة دنانير لأن كل واحد كان أرش جنايته دينارا فلزمه ثم مات بجرحيهما فلزمهما باقى قيمته وهى ثمانية بينهما نصفين فصار على كل واحد خمسة ، وعلى هذا لو نقصت جناية الأول دينارا وجناية الثانى دينارين لزم الأول أربعة ونصف ولزم الثانى خمسة ونصف ، ولو نقصت جناية الأول دينارين وجناية الثانى دينارا انعكس ، فيلزم الأول خمسة ونصف ويلزم الثانى أربعة ونصف ، وضعف الأصحاب هذا الوجه أيضا ، لأنه سوى بينهما مع اختلاف قيمته حال أخذهما .

(والوجه الثالث) حكاه إمام الحرمين عن القفال أيضا أنه يلزم الأول خمسة ونصف ، والثانى خمسة ، لأن جناية كل واحد نقصت دينارا

ثم سريا والأرش يسقط إذا صارت الجناية نفسا ، فيسقط عن كل واحد نصف الأرش لأن الموجود منه نصف القتل (واعترضوا) على هذا بأن فيه زيادة الواجب على المتلف ، وأجاب القفال بأن الجناية قد تنجر إلى إيجاب زيادة، كمن بقطع يدى عبد ثم قتله آخر (وأجيب) عنه بأن قاطع اليدين لا شركة له فى القتل ، بل القتل يقطع أثر القطع ويقع موقع الاندمال : وهنا بخلافه .

(والوجه الرابع) قاله أبو الطيب بن سلمة يلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ، ونصف الأرش لكن لا بزيد الواجب على القيمة ، فيجمع ما لزمهما تقديرا ، وهو عشرة ونصف ، وتقسم القيمة وهى عشرة على العشرة والنصف ليراعى التفاوت بينهما ، فيبسط أنصافا ، فيكون إحدى وعشرين فيلزم الأول إحدى عشرة جزءا من إحدى وعشرين جزءا من عشرة ، ويلزم الثانى عشرة من إحدى وعشرين من عشرة وهو ضعيف لإفراد أرش الجناية عن بدل النفس .

(والوجه الخامس) قاله صاحب التقريب وغيره ، واختاره إمام الحرمين : يلزم الأول خمسة ونصف ، والثانى أربعة ونصف ، لأن الأول لو انفرد بالجرح والسراية لزمه العشرة ، فلا يسقط عنه إلا ما لزم الثانى ، والثانى إنما جنى على نصف ما يساوى تسعة ، وفيه ضعف أيضا .

(والوجه السادس) قاله ابن خيران ، واختاره صاحب الإفصاح ، وأطبق العراقيون على ترجيحه أنه يجمع بين القيمتين فيكون تسعة عشر ، فيقسم عليه مافوتا ، وهى عشرة ، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة ، وعلى الثانى تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

أما إذا كانت الجناة ثلاثة ، وأرش كل جناية دينار ، والقيمة عشرة ،

فعلى طريقة المزنى يلزم كل واحد ثلاثة وثلث ، وعلى الوجه الثالث يلزم الأول أربعة منها ثلاثة وثلث ، هى ثلث سهم القيمة ، وثلثان هما ثلثا الأرش [1] ويلزم الثالث ثلاثة منها ديناران وثلث هى ثلث القيمة يوم جنايته وثلثان هما ثلثا الأرش فالجملة عشرة وثلثان ، وعلى الوجه الرابع توزع العشرة على عشرة وثلثين ، وعلى الخامس يلزم الأول أربعة وثلث ويلزم الثانى ثلاثة ، والثالث ديناران وثلثان ، وعلى السادس تجمع القيم فتكون سبعة وعشرين فتقسم العشرة عليها .

(أما) إذا جرح مالك العبد أو الصيد جراحة ، وأجنبى أخرى ، فينظر فى جناية المالك أهى الأولى ؟ أم الثانية ؟ ويخرج على الأوجه فتسقط حصته ، وتجب حصة الأجنبى ، وعن القاضى أبى حامد المروذى أن المذكور فى الجنايتين على العبد هو فيما إذا لم يكن للجناية أرش مقدر ، فإن كان فليس العبد فيها كالبهيمة والصيد المملوك ، حتى لو جنى على عبد غيره جناية ليس لها أرش مقدر ، وقيمته مائة ، فنقصت الجناية عشرة ، ثم جنى آخر جناية لا أرش لها فنقصت عشرة أيضا ، ومات العبد منهما . فعلى الأول خمسة وخمسون ، وعلى الثانى خمسون ، يدفع منها خمسة إلى الأول .

قال : فلو قطع رجل يد عبد قيمته مائة ، ثم قطع آخر يده الأخرى ، لزم الأول نصف أرش اليد وهو خمسة وعشرون ، ونصف القيمة يوم جنايته وهو خمسون ، ولزم الثانى نصف أرش اليد خمسة وعشرون ، ونصف القيمة يوم جنايته وهو أربعون ، فالجملة مائة وأربعون جميعها للسيد لأن الجناية التى لها أرش مقدر يجوز أن يزيد واجبها على قيمة العبد كما لو قطع يديه فقتله آخر . هذا بيان المقدمة . ونعود إلى الصيد فنقول :

---

(1) كذا فى الأصل وترك ما لزم الثانى والظاهر أنه كالثالث .

إذا جرح الثانى جراحة غير مذففة ومات الصيد بالجرحين، نظر إن مات قبل أن يتمكن الأول من ذبحه لزم الثانى تمام قيمته مزمنا لأنه صار ميتا بفعله بخلاف ما لو جرح شاة نفسه وجرحها آخر وماتت . فإنه لا يجب على الثانى إلا نصف القيمة ، لأن كل واحد من الجرحين هنـــاك حرام والهلاك حصل بهما ، وهنا فعل الأول اكتساب وذكاة ، ثم مقتضى كلام الأصحاب أن يقال : إذا كان الصيد يساوى عشرة غير مزمن وتسعة مزمنا لزم الثانى تسعة ، واستدرك صاحب التقريب فقال : فعل الأول وإن لم يكن إفسادا فيؤثر فى الذبح ، وحصول الزهوق قطعا فينبغى أن يعتبر ، فيقال : إذا كان غير مزمن يساوى عشرة ، ومزمنا تسعة ، ومذبوحا ثمانية ، تلزمه ثمانية ونصف فإن الدرهم أثر فى فواته الفعلان فوزع عليهما . قال الإمام : وللنظر فى هذا مجال . ويجوز أن يقال المفسد يقطع أثر فعل الأول من كل وجه والأصح ما ذكره صاحب التقريب .

وإن تمكن من ذبحه فذبحه لزم الثانى أرش جراحته إن نقص بها ، وإن لم يذبحه وتركه حتى مات فوجهان (أحدهما) لا شىء على الثـــانى سوى أرش النقص ، لأن الأول مقصر بترك الذبح (وأصحهما) يضمن زيادة على الأرش . ولا يكون تركه الذبح مسقطا للضمان كما لو جرح رجل شاته فلم يذبحها مع التمكن لا يسقط الضمان فعلى هذا فيما يضمن (وجهان) قال الإصطخرى : يضمن كمال قيمته مزمنا كما لو ذهب بخلاف ما إذا جرح عبده أو شاته وجرحه غيره أيضا ، لأن كل واحد من الفعل هناك إفساد ، والتحريم حصل بهما ، وهنا الأول إصلاح (والأصح قول جمهور الأصحاب لا يضمن جميع القيمة بل هو كمن جرح عبده وجرحه غيره ، لأن الموت حصل بهما ، وكلاهما إفساد أما الثانى فظاهر ، وأمـــا الأول فلأن ترك الذبح مع التمكن يجعل الجرح وسرايته إفسادا ، ولهذا لو لم يوجد الجرح الثانى فترك الذبح كان الصيد ميتة ، فعلى هذا تجىء

الأوجه فى كيفية التوزيع على الجرحين : فما هو فى حصة الأول يسقط ، وتجب حصة الثانى ، والله أعلم .

(الحال الثانى) أن يقع الجرحان معا فينظر إن تساويا فى سبب الملك فالصيد بينهما ، وذلك بأن يكون بكل واحد منهما مذففا أو مزمنا أو انفردا وأحدهما مذففا والآخر مزمنا ، وسواء تفاوت الجرحان صغرا وكبرا أو تساويا ، أو كانا فى المذبح أو فى غيره أو أحدهما فيه ، والآخر فى غيره ، وإن كان أحدهما مزمنا أو مذففا لو انفرد ، والآخر غير مؤثر ، فالصيد لمن ذفف أو أزمن ، ولا ضمان على الثانى ، لأنه لم يجرح ملك الغير ، ولو احتمل أن يكون الإزمان بهما ، واحتمل أن يكون هذا دون ذاك ، وذاك دون هذا ، فالصيد بينهما فى ظاهر الحكم ، ويستحب أن يستحل كل واحد منهما الآخر تورعا ، ولو علمنا أن أحدهما مذفف وشككنا هل الآخر أثر فى الإزمان والتذفيف أم لا ؟ قال القفال : هو بينهما فقيل له : لو جرح رجل جراحة مذففة وجرحه آخر جراحة لا يدرى أمذففة هى أم لا ؟ فمات فقال : يجب القصاص عليهما ، قال الإمام : هذا بعيد ، والوجه تخصيص القصاص بصاحب المذففة ، وفى الصيد يسلم نصفه لمن جرحه مذففا ويوقف نصفه بينهما إلى المصالحة أو تبين الحال ، فان لم يتوقع بيان جعل النصف الآخر بينهما نصفين . والله سبحانه أعلم .

(الحال الثالث) إذا ترتب الجرحان وأحدهما مزمن لو انفرد والآخر مذفف وارد على المذبح ، ولم يعرف السابق ، فالصيد حلال ، وإن اختلفا وادعى كل واحد أنه جرحه أولا وأزمنه ، أو أنه له فلكل واحد تحليف الآخر ، فان حلف فالصيد بينهما . ولا شىء لأحدهما على الآخر ، وإن حلف أحدهما فقط فالصيد له ، وعلى الآخر أرش ما نقص بالذبح ، ولو ترتبا وأحدهما مزمن والآخر مذفف فى غير المذبح ولم يعرف السابق ، فالمذهب الذى قطع به الجمهور أن الصيد حرام ، لاحتمال تقدم الإزمان

فلا يحل بعده إلا بقطع الحلقوم والمرىء ، وقيل قولان كمسألة الإيماء السابقة ، ووجه الشبه اجتماع المبيح والمحرم والفرق على المذهب أنه سبق هناك جرح يحال عليه . فان ادعى كل واحد أنه أزمنه أولا وأن الآخر أفسده ، فالصيد حرام ، ولكل واحد تحليف الآخر ، فان حلفا فلا شيء لأحدهما على الآخر ، وإن حلف أحدهما لزم الثانى كل قيمته مزمنا .

ولو قال الجارح أولا : أزمنته أنا ، ثم أفسدته أنت بقتلك ، فعليك القيمة ، وقال الثانى : لم تزمنه أنت بل كان امتناعه إلى أن رميته فأزمنته ، أو ذففته ، فان اتفقا على غير جراحة الأول ــ وعلمنا أنه لا يبقى امتناع معها ككسر[1] وكسر رجل الممتنع بالعدو ــ فالقول قول الأول بلا يمين ، وإلا فالقول قول الثانى ، لأن الأصل بقاء الامتناع ، فان حلف فالصيد له ولا شيء على الأول ، وإن نكل حلف الأول واستحق قيمته مجروحا الجراحة الأولى ؛ ولا يحل الصيد لأنه ميتة بزعمه ، وهل للثانى أكله ؟ فيه وجهان (قال) القاضى أبو الطيب : لا ، لأن إلزامه القيمة حكم بكونه ميتة ، وقال غيره : له أكله لأن النكول فى خصومة الآدمى لا تغير الحكم فيما بينه وبين الله تعالى ، ولو علمنا أن الجراحة المذففة سابقة على التى لو انفردت لكانت مزمنة فالصيد حلال ، فان قال كل واحد : أنا ذففته . فلكل واحد تحليف الآخر ، فان حلفا كان بينهما وإن حلف أحدهما كان له وعلى الآخر ضمان ما نقص .

(فرع) قال الشافعى رحمه الله تعالى فى المختصر : لو رماه الأول والثانى ووجدناه ميتا ولم يدر أجعله الأول ممتنعا أم لا لجعلناه بينهما نصفين ، وقال فى الأم : حل أكله وكان بينهما نصفين واعترض عليه فقيل :

---

(1) كذا بالأصل فحرر ، قلت : ويحتمل ان يكون السقط مقابلا ومشاكلا لما بعد ، فيكون التعبير هكذا :

وعلمنا انه لا يبقى امتناع معها ككسر جناح الممتنع بالطير ، وكسر رجل الممتنع بالعدو .
(المطيعى)

ينبغي أن يحرم هذا الصيد لاجتماع ما يقتضي الإباحة والتحريم والأصل التحريم وعلى تقدير الحل ينبغي أن لا يكون بينهما بل يكون لمن أثبته منهما ، واختلف الأصحاب في الجواب عن هذين الاعتراضين على ثلاثة أوجه (أحدها) ترك ظاهر كلام الشافعي ، وتسليم ما قاله المعترض وتأويل كلام الشافعي (وأما) قوله : إنه يحل أكله ، فأراد به إذا عقره أحدهما فأثبته ، ثم أصاب الثاني محل الذكاة ، فقطع الحلقوم والمريء أو أثبتاه ولم يصر في حكم الممتنع ، ثم أدركه أحدهما فذكاه فيحل أكله (وأما) قوله : إنه بينهما فأراد إذا كانت يدهما عليه ، ولا يعلم مستحقه منهما فيقسم بينهما .

(فأما) إذا وجداه ميتا من الجراحتين فلا يحل أكله ، فان اتفقا على أن الثاني هو القاتل كان عليه القيمة وإن اختلفا فيه حلف كل واحد منهما لصاحبه كما سبق . قال أصحابنا : ولا يمتنع التصوير فيما ذكرناه ، فقد يجعل الشيء لاثنين ، وإن كنا نعلمه في الباطن لأحدهما ، كمن مات عن اثنين مسلم ونصراني ادعى كل واحد أن أباه مات على دينه (والوجه) الثاني ترك ظاهر كلام الشافعي أيضا وتأويله على أن مراده صيد ممتنع برجله وجناحه كالحجل ، فأصاب أحدهما رجله فكسرها وأصاب الآخر جناحه فكسره ففيه وجهان (أحدهما) أنه بينهما لأن امتناعه حصل بفعلهما (وأصحهما) أنه للثاني ، لأنه كان ممتنعا بعد إصابة الأول . وإنما زال امتناعه باصابة الثاني فكان له . فإن قلنا : بينهما فالمسألة مفروضة فيه (وإن قلنا) : هو للثاني لم يعلم الثاني منهما ويدهما عليه فكان بينهما .

(الوجه الثالث) وهو قول أبي إسحق المروزي أن النص على ظاهره ، فان أزمناه ومات الصيد ولم يدر هل أثبته الأول أم لا ؟ فالأصل بقاؤه على امتناعه إلى أن عقره الثاني ، فيكون عقره ذكاة ، ويكون بينهما لاحتمال الإثبات من كليهما ، ولا مزية لأحدهما ، قال صاحب البيان : فان قيل :

قد فتم الأصل بقاؤه على الامتناع إلى أن رماه الثانى . فكيف لم تزل يد الأول ؟ (قلنا) : هذا لا يزال به حكم اليد . ولهذا لو كان فى يده شيء يدعيه حكم له بذلك وإن كان الأصل عدم الملك ، فدل على أن اليد أقوى من حكم الأصل . ومن أصحابنا من قال : فى حل هذا الصيد قولان كمسألة الإيماء السابقة والله سبحانه أعلم .

(الحال الرابع) إذا ترتبت الجرحان وحصل الإزمان بهما وكل واحد لو انفرد لم يزمن فوجهان (أصحهما) عند الجمهور أن الصيد للثانى (والثانى) أنه بينهما ورجحه إمام الحرمين والغزالى (فان قلنا) إنه للثانى أو كان الجرح الثانى مزمنا لو انفرد . فلا شيء على الأول بسبب جرحه فلو عاد الأول بعد إزمان الثانى وجرحه جراحة أخرى نظر إن أصاب المذبح فهو حلال . وعليه للثانى ما نقص من قيمته بالذبح ، وإلا فالصيد حرام . وعليه إن ذفف قيمته مجروحا بجراحته الأولى وجراحة الثانى ، وكذا إن لم يذفف ولم يتمكن الثانى من ذبحه فان تمكن وترك الذبح عاد الخلاف السابق . فعلى أحد الوجهين ليس على الأول إلا أرش الجراحة الثانية لتقصير المالك . وعلى أصحهما لا نقصد بالضمان عليه : وعلى هذا فوجهان :

(أحدهما) يلزمه نصف القيمة ، وخرجه جماعة على الخلاف فيمن جرح عبدا مرتدا فأسلم ثم جرحه سيده ثم عاد الأول وجرحه ثانيا ومات منهما . وفيما يلزمه وجهان (أحدهما) ثلث القيمة (والثانى) ربعها قاله القفال فعلى هذا هنا ربع القيمة ، وعن صاحب التقريب أنه يعود فى التوزيع الأوجه الستة السابقة : واختار الغزالى وجوب تمام القيمة ، والمذهب التوزيع كما سبق والله تعالى أعلم .

(فرع) الاعتبار فى الترتيب . والمفسد . بالإصابة . لا ببدء الرمى والله أعلم .

(**فــرع**) لو أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنه اصطاد هذا الصيد ففيه القولان فى تعارض البينتين (أصحهما) سقوطها ، ويرجع إلى قول من هو فى يده .

(**فــرع**) لو كان فى يده صيد فقال آخر : أنا اصطدته . فقال صاحب اليد : لا علم لى بذلك ، قال ابن كج : لا نقنع منه بهذا الجواب ، بل يدعيه لنفسه أو ليسلمه إلى مدعيه .

(**فــرع**) قال ابن المنذر : لو أرسل جماعة كلابهم على صيد فأدركه المرسلون قتيلا ، وادعى كل واحد أن كلبه القاتل ، قال أبو ثور : إن مات الصيد بينهم فهو حلال ، فاذا اختلفوا فيه وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينها ، وإن كان مع أحد الكلاب فهو لصاحب هذا الكلب وإن كان قتيلا والكلاب ناحية[1] أقرع بينهم ، وأعطى كل واحد حصته بالقرعة . وقال غير أبى ثور : لا تجىء القرعة ، بل يوقف بينهم حتى يصطلحوا ، فان خيف فساده بيع ووقف الثمن بينهم حتى يصطلحوا ، هذا كلام ابن المنذر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن ملك صيدا ثم خلاه ففيه وجهان (احدهما) يزول ملكه ، كما لو ملك عبدا ثم أعتقه (والثانى) لا يزول ملكه كما لو ملك بهيمة ثم سيبها ، وبالله التوفيق) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : إذا ملك صيدا ثم أفلت منه لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ومن أخذه لزمه رده إليه ، وسواء كان يدور فى البلد وحوله ، أو التحق بالوحوش . ولا خلاف فى شىء من هذا . ولو أرسله مالكه وخلاه ليرجع صيدا كما كان فهل يزول ملكه عنه ؟ فيه وجهان مشهوران .

---

(1) ناحية هنا تحتمل اكثر من معنى لغوى فهى أما مسرعة متحفزة للصيد وهو احد معانى هذه الكلمة واما مطلقة السباق والمراهنة وهذه ايضا من معانى هذه الكلمة . المطيعى

ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب : لا يزول وهو المنصوص ، كما لو أرسل بهيمته[1] ونوى إزالة ملكه عنها ، فانه لا يزول بلا خلاف ولأنه يشبه سوائب الجاهلية ، وقد قال الله تعالى : (ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام)[2] وفى المسألة وجه ثالث ، وهو قول أبى على الطبرى فى الإفصاح ، وحكاه الأصحاب عنه أنه إن كان قصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى زال ملكه ، وإلا فلا ، والمذهب المنصوص أنه لا يزول مطلقا .

قال أصحابنا : (فان قلنا) يزول ، عاد مباحا ، فمن صاده ملكه (وإن قلنا) لا يزول لم يجز لغيره أن يصيده إذا عرفه ، فان قال عند إرساله : أبحته لمن أخذه حصلت الإباحة ، ولا ضمان على من أكله ، لكن لا ينفذ تصرف الآخذ فيه ببيع أو نحوه ، وإذا قلنا بالوجه الثالث فأرسله تقربا إلى الله تعالى فهل يحل اصطياده ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، كالعبد المعتق (وأصحهما) نعم ، لأنه رجع للإباحة ، ولئلا يصير فى معنى سوائب الجاهلية والله تعالى أعلم .

(**فرع**) لو ألقى كسرة خبز معرضا عنها ، فهل يملكها من أخذها ؟ فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وغيره ، قالوا : وهما مرتبان على إرسال الصيد وأولى بأن لا تملك ، بل تبقى على ملك الملقى . لأن سبب الملك فى الصيد اليد وقد أزالها ، ورده إلى الإباحة قال إمام الحرمين : هذا الخلاف فى زوال الملك وأما الإباحة فحاصلها لمن أراد أكلها على ظاهر المذهب لأن القرائن الظاهرة كافية فى الإباحة هذا لفظ الإمام . قال الرافعى : ويوضحه ما نقل عن الصالحى من التقاط السنابل هذا كلام

---

(1) كان فى ش و ق حرف (الا) وبعده بياض وقال الأشياخ فى الحاشية بياض بالأصل محرر . نحررناها بحذف الا فاستقام السياق وجرى المعنى على مالا تناقض فيه . (ط)

(2) الآية ١٠٣ من سورة المائدة .

الرافعى (قلت) الأصح الذى قطع به المصنف فى التفسير وغيره من الأصحاب أنه يملك ما تركه الوارث إعراضا ، كالكسرة وغيرها من الطعام والسنابل ، وأما الذى يصيبه فى شيء ونحو ذلك ، ويصح تمزق الأخذ فيه بالتتبع وغيره ، هذا ظاهر قول السلف ، ولم ينقل أنهم منعوا التصرف فى شيء من ذلك . والله أعلم •

(فـرع) قد سبق فى باب أخريات الأطعمة أن الثمار الساقطة من الأشجار إن كانت داخل الجدار لم تحل ، وإن كانت خارجة فكذلك إن لم تجر عاداتهم بإباحتها ، فان جرت بذلك فهل تجرى العادة المطردة مجرى الإباحة ؟ فيه وجهان (أصحهما) تجرى وسبق هناك حكم الأكل من مال صديقه ، ومن مال الأجنبى وثماره وزرعه والله أعلم • ولو أعرض عن جلد ميتة فأخذه غيره فدبغه ملكه على المذهب ، لأنه لم يكن مملوكا للأول ، وإنما كان له اختصاص فضعف بالاعراض ، ولو أعرض عن خمر فأخذها غيره فتخللت عنده ، ففيه تفصيل وخلاف سنذكره فى آخر كتاب الغصب . حيث ذكره المصنف إن شاء الله تعالى •

(فـرع) لو صاد صيدا عليه أثر ملك ، بأن كان مرسوما أو مقرطا أو مخضوبا أو مقصوص الجناح لم يملكه الصائد ، بل هو لقطة ، لأنه يدل على أنه كان مملوكا فأفلت ، ولا ينظر إلى احتمال أنه صاده محرم ففعل به ذلك ثم أرسله لأنه تقدير بعيد ، وهذا كله لا خلاف فيه •

(فـرع) لو صاد سمكة فوجد فى جوفهـا درة مثقوبة لم تملك الدرة ، بل تكون لقطة ، وإن كانت غير مثقوبة فهى له مع السمكة ، ولو اشترى سمكة فوجد فى جوفها درة غير مثقوبة فهى للمشترى ، وإن كانت مثقوبة فهى للبائع إن ادعاها ، كذا ذكر المسألة البغوى ، قال الرافعى : يشبه أن يقال : الدرة للصائد كالكنز الموجود فى الأرض يكون لمحييها •

(فصل) إذا تحول بعض حمام إلى برج غيره . قال أصحابنا : إن كان المتحول ملكا للأول لم يزل ملكه عنه . ويلزم الثانى رده ، فان حصل بينهما بيض أو فرخ فهو تبع للأنثى دون الذكر ، وإن ادعى تحول حمامه إلى برج غيره لم يصدق إلا ببينة ; والورع أن يصدقه إلا أن يعلم كذبه ، فان كان المتحول مباحا دخل برج الأول ثم تحول إلى الثانى فعلى الخلاف السابق فى دخول الصيد ملكه (فان قلنا) بالأصح : إنه لا يملكه (والثانى) إنه يملكه . ومن دخل برجه حمام وشك هل هو مباح أو مملوك ؟ فهو أولى به . وله التصرف فيه . لأن الظاهر أنه مباح . وإن تحقق أنه اختلط بملكه ملك غيره وعسر التمييز فقد قال البغوى : لو اختلطت حمامة واحدة بحماماته.فله أن يأكل بالاجتهاد واحدة واحدة . حتى تبقى واحدة . كما لو اختلطت ثمرة الغير بثمره .

والذى حكاه الرويانى أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصالح ذلك الغير أو يقاسمه . قال : ولهذا قال بعض مشايخنا ينبغى للورع أن يتجنب طير البروج . وأن يجتنب بناءها . ونقل الإمام وغيره أنه ليس لواحد منهما التصرف فى شىء منها ببيع أو هبة لثالث ، لأنه لا يتحقق الملك ولو باع أحدهما أو وهب الآخر صح على أصح الوجهين وتحتمل الجهالة للضرورة ، ولو باع الحمام المختلط كله أو بعضه لثالث ، ولا يعلم واحد منهما عين ماله ، فان كانت الأعداد معلومة كمائتين ومائة ، والقيمة متساوية . ووزعا الثمن على أعدادها ، صح البيع باتفاق الأصحاب ، وإن جهلا العدد لم يصح البيع . لأنه لا يعلم كل واحد حصته من الثمن ، فالطريق أن يقول كل واحد : بعتك الحمام الذى فى هذا البرج بكذا . فيكون الثمن معلوما ، ويحتمل الجهل فى المبيع للضرورة .

قال الغزالى فى الوسيط : لو تصالحا على شىء صح البيع واحتمل الجهل بقدر المبيع . ويقرب من هذا ما أطلقه الأصحاب من مقاسمتهما ،

قال أصحابنا : وقد يجوز للضرورة المسامحة ببعض الشروط المعتبرة فى حال الاختيار ، كالكافر إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ، ومات قبل الاختيار ، فانه يصح اصطلاحهن على القسمة بالتساوي وبالتفاوت مع الجهل بالاستحقاق ، فيجوز أن تصح القسمة أيضا بحسب تراضيهما ، ويجوز أن يقال : إذا قال كل واحد : بعت مالى من حمام هذا البرج بكذا . والأعداد مجهولة ، يصح أيضا مع الجهل بما يستحقه كل واحد منهما . والمقصود أن ينفصل الأمر بحسب ما يتراضيان عليه ، ولو باع أحدهما جميع حمام البرج باذن الآخر فيكون أصلا فى البعض ، ووكيلا فى البعض . جاز ، ثم يقتسمان الثمن •

(فــرع) لو اختلطت حمامة مملوكة أو حمامات بحمامات مباحة محصورة لم يجز الاصطياد منها ولو اختلطت بحمام ناحية جاز الاصطياد فى الناحية ، ولا يتغير حكم ما لا يحصر فى العادة باختلاط ما يحصر به ، ولو اختلط حمام أبراج مملوكة لا تكاد تحصر بحمام بلدة أخرى مباحة . ففى جواز الاصطياد منها وجهان (أصحهما) الجواز ، وإليه مال معظم الأصحاب . ومن أهم ما يجب معرفة ضبطه العدد المحصور . فانه يتكرر فى أبواب الفقه . وقل من ينبه عليه قال الغزالى فى الإحياء فى كتاب الحلال والحرام : تحديد هذا غير ممكن ، فانما يضبط بالتقريب ، قال : فكل عدد لو اجتمع فى صعيد واحد يعسر على النــاظر عدهم بمجرد النظر كالألف ونحوه ، فهو غير محصور ، وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور . وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن ، وما وقع فيه الشك استفتى فيه القلب . والله تعالى أعلم •

(فــرع) إذا انصبّت حنطته على حنطة غيره ، أو انصب مائعه فى مائعه . وجهلا قدرهما فحكمه ما سبق فى الحمام المختلط •

(فــرع) ولو اختلط درهم حرام أو دراهم بدراهمه . ولم يتميز .

أو دهن بدهن أو غيره من المائعات ونحو ذلك ، قال الغزالى فى الإحيا وغيره من أصحابنا : طريقه أن يفصل قدر الحرام فيصرفه إلى الجهة التى يجب صرفه فيها ، ويبقى الباقى له يتصرف فيه بما أراد ، والله تعالى أعلم .

ومن هذا الباب ما إذا اختلطت دراهم أو حنطة ونحوها لجماعة ، أو غصب منهم وخلطت ولم تتميز ، فطريقه أن يقسم الجميع بينهم على قدر حقوقهم (وأما) ما يقوله العوام : اختلاط الحلال بالحرام يحرمه فباطل لا أصل له ، وسيأتى بسط المسألة بأدلتها فى كتاب الغصب [1] إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه أعلم .

---

(1) لم يقدر له رضي الله عنه ذلك فكان من نصيبنا استجابة من الله تعالى لدعوته أن يتمه الله على أحسن الوجوه والحمد لله له المنة وحده . (ط)

كتـــاب البيـــوع

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(البيع جائز والأصل فيه قوله تعالى : ((وأحل الله البيع وحرم الربا))(١) وقوله تعالى : ((يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم))(٢) .

(الشرح) قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة) هو استثناء منقطع ، أى لكن لكم أكلها بتجارة عن تراض منكم ، قال العلماء : خص الله سبحانه وتعالى الأكل بالنهى تنبيها على غيره ، لكونه معظم المقصود من المـال ، كما قال تعالى : (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما) (٣) وقوله تعالى : (الذين يأكلون الربا) (٤) وأجمعت الأمة على أن التصرف فى المـال بالباطل حرام . سواء كان أكلا أو بيعا أو هبة أو غير ذلك ، وقوله تعالى : (بالباطل) قال ابن عباس وغيره : « إلا بحقها » قال أهل المعانى : الباطل اسم جامع لكل ما لا يحل فى الشرع كالربا والغصب والسرقة والخيانة وكل محرم ورد الشرع به ، قال الواحدى : أجمعوا على أن هذا الاستثناء منقطع ، وقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة) فيها قراءتان الرفع والنصب ، فمن رفع جعل كان تامة ، إلا أن تقع تجارة ، ومن نصب قال : تقديره : إلا أن يكون المـأكول تجارة أو إلا أن تكون الأموال أموال تجارة فحذف المضاف قال الواحدى : والأجود الرفع ، لأنه أدل على انقطـاع الاستثناء ولأنه لا يحتاج إلى إضمار .

وأما صاحب الحاوى فبسط تفسير الآية فى الحاوى فقـال قوله تعالى : (أموالكم) فيه تأويلان (أحدهما) المراد مال كل إنسان فى نفسه،

(١ ، ٤) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .
(٢) الآية ٢٩ من سورة النساء .
(٣) الآية ١٠ من سورة النساء .

أى لا يصرفه فى المحرمات (والثانى) معناه لا يأخذ بعضكم مال بعض كما قال تعالى : (ولا تقتلوا[1] أنفسكم) (وقوله) بالباطل . قيل : معناه الصرف فى المحرمات . وقيل : النهب والغارات : (والثالث) التجارات الفاسدة ونحوها ، والمختار ما قدمنا عن ابن عباس وأهل المعانى والله تعالى أعلم . وأما قوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا[2]) فقد ذكر الشافعى رحمه الله فى كتاب الأم تفسيرها مستوفى مع اختصار وشرحه صاحب الحاوى فقال : قال الشافعى : ومعنى الآية أربعة أقوال (أحدها) أنها عامة فان لفظها لفظ عموم يتناول كل بيع ، ويقتضى إباحة جميعها إلا ما خصه الدليل ؛ وهذا القول أصحها عند الشافعى وأصحابنا . قال فى الأم : هذا أظهر معانى الآية . قال صاحب الحاوى . والدليل لهذا القول أن النبى ﷺ نهى عن بيوع كانوا يعتادونها ولم يبين الجائز ، فدل على أن الآية الكريمة تناولت إباحة جميع البيوع إلا ما خص منها ؛ وبين ﷺ المخصوص .

قال : فعلى هذا فى العموم قولان (أحدهما) أنه عموم أريد به العموم ، وإن دخله التخصيص (والثانى) أنه عموم أريد به الخصوص . قال : والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن العموم المطلق الذى يراد به العموم ، وهو ما يجرى على عمومه ، وإن دخله تخصيص كان الخارج منه بالتخصيص أقل مما بقى على العموم (والوجه الثانى) أن البيان فيما أريد به الخصوص مقدم على اللفظ . وفيما أريد به العموم متأخر عن اللفظ أو مقترن به . قال : وعلى القولين جميعا يجوز الاستدلال بهذه الآية الكريمة فى المسائل المختلف فيها . ما لم يقم دليل تخصيص ، وإخراجها من العموم .

---

(1) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

(2) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(والقول الثانى) من الأقوال الأربعة أنها مجملة لا يعقل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان النبى ﷺ ، ودليله أن فى البياعات الجائز وغيره . وبين فى الآية ما يميز هذا من ذاك ، فاقتضت كونها مجملة ، فعلى هــذا هل هى مجملة بنفسها ؟ أم بعارض ؟ فيه وجهان لأصحابنا (أحدهما) أنها مجملة بنفسها . لأن قوله تعالى : (وأحل الله البيع[1]) يقتضى جواز البيع متفاضلا . وقوله تعالى: (وحرم الربا)[2] يقتضى تحريم بيع الربوى متفاضلا . فصار آخرها معارضا لأولها ، فحصل الإجمال فيها بنفسها (والثانى) أنها مجملة بغيرها ، لأنها جواز كل بيع من غرر ومعدوم وغيرهما ، وقد وردت السنة بالنهى عن بيع الغرر وبيع الملامسة وغيرهما ، فوقع الإجمال فيهــا بغيرها ، قال : ثم اختلف أصحابنا فى الإجمال على وجهين (أحدهما) أن الإجمال وقع فى المعنى المراد به دون صيغة لفظها ، لأن لفظ البيع اســم لغوى ولم يرد من طريق الشرع ، ومعناه معقول . لكن لمــا قام بإزائه من الشبه ما يعارضه تدافع العمومان وحدهما . ولم يتعين المراد منهما إلا ببيان الشبه . فصارا مجملين لهذا المعنى ، لأن هذا اللفظ مشكل المعنى .

(والثانى) أن اللفظ محتمل ، والمعنى المراد منه مشكل . لأنه لمــا لم يكن المراد من اللفظ ما وقع عليه الاسم : وتبينا أن له شرائط لم تكن معقولة فى اللغة ، خرج اللفظ بالشرائط عن موضوعه فى اللغة إلى ما استقرت عليه شرائط الشرع ، وإن كان له فى اللغة معان معقولة كما قلنا فى الصلاة إنها مجملة لأنها متضمنة شرائط لم تكن معقولة فى اللغــة كالخضوع ، فكذلك البيع ، قال المــاوردى : وعلى الوجهين جميعا لا يجوز الاستدلال بها على صحة بيع ولا فساده ، وإن دلت على صحة البيع من أصله قال . وهذا هو الفرق بين العموم والمجمل حيث جاز الاستدلال بظاهر العموم . ولم يجز الاستدلال بظاهر المجمل . والله أعلم .

(١ ، ٢) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(والقول الثالث) من الأربعة يتناولهما جميعا ، فيكون عموما دخله التخصيص ، ومجملا لحقه التفسير ، لقيام الدلالة عليها ، قال الماوردى . واختلف أصحابنا فى وجه دخول ذلك فيهما على ثلاثة أوجه (أحدها) أن العموم فى اللفظ والإجمال فى المعنى . فيكون اللفظ عاما مخصوصا ، والمعنى مجملا لحقه التفسير (والثانى) أن العموم فى قوله تعالى : (وأحل الله البيع) والإجمال فى قوله : (وحرم الربا) (والثالث) أنه كان مجملا ، فلما بينه النبى ﷺ صار عاما ، فيكون داخلا فى المجمل قبل البيان ، وفى العموم بعد البيان ، قال : فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظاهرها فى البيوع المختلف فيها كالقول الثانى .

(والقول الرابع) أنها تناولت بيعا معهوداً ، ونزلت بعد أن أحل النبى ﷺ بيوعا وحرم بيوعا ، فقوله تعالى : (وأحل الله البيع) أى البيع الذى بينه النبى ﷺ من قبل ، وعرفه المسلمون منه ، فتناولت الآية بيعا معهودا ، ولهذا دخلت الألف واللام لأنهما للعهد أو للجنس ، ولا يكون الجنس هنا مرادا لخروج بعضه عن التحليل ، فعلم أن المراد العهد ، فعلى هذا لا يجوز الاستدلال بظاهرها على صحة بيع ولا فساده ، بل يرجع فيما اختلف فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التى عرف بها البيوع الصحيحة ، فيحصل الفرق بينها وبين المجمل من وجه ، وبينها وبين العموم من وجهين .

(فأما) الوجه الواحد فهو أن بيان النبى ﷺ للبيوع كان قبل نزولها . وبيان المجمل يكون مقترنا للفظ ، أو متأخرا عنه على مذهب من يجوز تأخير البيان ، وأما الوجهان (فأحدهما) ما سبق من تقديم البيان فى المعهود ، وإقرار بيان التخصيص بالعموم (والثانى) جواز الاستدلال بظاهر العموم دون ظاهر المعهود ، هذا آخر كلام الماوردى ، وذكر أصحابنا نحوه ، واتفقوا على نقل هذه الأقوال الأربعة عن الشافعى .

واتفقوا على أن أصحها عند الشافعى أن الآية عامة تتناول كل بيع إلا ما نهى الشرع عنه والله أعلم .

(فـرع) أما الحكم الذى ذكره المصنف وهو جواز البيع ، فهو مما تظاهرت عليه دلائل الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، وأجمعت الأمة على أن المبيع بيعا صحيحا يصير بعد انقضاء الخيار ملكا للمشترى ، قال الغزالى فى أول بيوع الوسيط : أجمعت الأمة على أن البيع سبب لإفادة الملك ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : وإذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب ، وهى خيار المجلس ، وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيـار الخلف ، بأن كان شرطه كاتبـا فخـرج غير كاتب ، والإقالة ، والتخالف ، وتلف المبيع ، وأما خيار الرؤية ففى بيع الغائب إذا جوزناه فهو ملتحق فى المعنى بخيار الشرط ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) قال ابن قتيبة وغيره : يقال : بعت الشيء بمعنى بعتـه وبمعنى شريته ، ويقال شريت الشيء بمعنى شريته وبعته ، وأكثر الاستعمال بعته إذا أزلت الملك فيه بالمعاوضـة ، واشتريته إذا تملكته بهـا ، وقال الأزهرى : العرب تقول : بعت بمعنى بعت ما كنت ملكته ، وبعت بمعنى اشتريت ، قال : وكذلك شريت بالمعنيين ، قال : وكل واحد مبيع وبائع ، لأن الثمن والمثمن كل منهما مبيع ، ويقال : بعته أبيعه فهو مبيع ومبيوع ، مخيط ومخيوط قال الخليل : المحذوف من مبيع واو مفعول ، لأنها زائدة ، فهى أولى بالحذف ، وقال الأخفش : المحذوف عين الكلمة ، قال المـازنى: كلاهما حسن ، وقول الأخفش أقيس ، والابتياع الاشـتراء ، وبايعتـه وتبايعنا واستبعته سألته أن يبيعنى ، وأبعت الشيء عرضته للبيع ، وبيع الشيء ــ بكسر الباء وضمها ــ والكسر أفصح وبوع ــ بضم الباء وبالواو ــ لغة فيه ، وكذلك القول فى كيل وقيل .

وأما الشراء ففيه لغتان مشهورتان (أفصحهما) المد (والثانية) القصر فمن مد كتبه بالألف وإلا فبالياء ، وجمعه أشرية وهو جمع نادر . ويقال شريت الشيء أشريه شريا إذا بعته . وإذا اشتريته كما سبق . فهو من الأضداد على اصطلاح اللغويين ، ومن المشترك على اصطلاح الأصوليين . قال الله تعالى (ومن الناس من يشرى نفسه)[1] وقال تعالى : (وشروه بثمن بخس)[2] وأما حقيقة البيع فى اللغة فهو مقابلة المال بالمال ، وفى الشرع مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكا .

(فرع) أركان البيع ثلاثة العاقدان والصيغة والمعقود عليه ، وشرط العاقد أن يكون بالغا عاقلا مختارا بصيرا ، غير محجور عليه ويشترط إسلام المشترى إن كان المبيع عبدا مسلما ، أو مصحفا ، وعصمته إن كان المبيع سلاحا . وشروط المبيع خمسة . أن يكون طاهرا منتفعا به معلوما مقدورا على تسليمه مملوكا لمن يقع العقد له ، ويدخل فى الضابط أم الولد والمرهون والموقوف والمكلف والجانى – إذا منعنا بيعهما – والمنذور إعتاقه . وهذا الحد ناقص ، لأنه يرد عليه المجهول والمعجوز عن تسليمه وغير المملوك ، فالصواب الحد والأول هذه الشروط ستأتى مفصلة إن شاء الله تعالى فى مواضعها .

(فرع) سبق فى آخر باب الأطعمة الخلاف فى أن أطيب المكاسب التجارة ؟ أم الزراعة ؟ أم الصنعة ؟.

(فصل) فى الورع فى البيع وغيره واجتناب الشبهات . قال الله تعالى : (وتحسبونه هينا وهو عند الله عظيم)[3] وقال تعالى : (إن ربك لبالمرصاد)[4] وعن النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال : سمعت رسول الله

---

(١) الآية ٢٠٧ من سورة البقرة .

(٢) من الآية ٢٠ من سورة يوسف .

(٣) من الآية ١٥ من سورة النور .

(٤) الآية ١٤ من سورة الفجر .

ﷺ يقول : « إن الحلال بين وإن الحرام بين ، وبينهما شبهات لا يعلمهن كثير من الناس : فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه : ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام . كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه . ألا وإن لكل ملك حمى ، ألا وإن حمى الله محارمه ، ألا وإن فى الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ، ألا وهى القلب » رواه البخارى ومسلم من طرق كثيرة . وهو أحد الأحاديث التى عليها مدار الإسلام . وقد اختلف فى عددها . وقد جمعتها فى كتاب الأربعين ، وعن أنس « أن النبى ﷺ وجد تمرة فى الطريق فقال : لولا أنى أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها » رواه البخارى ومسلم ، وعن النواس بن سمعان عن النبى ﷺ قال : « البر حسن الخلق ، والإثم ما حاك فى نفسك وكرهت أن يطلع عليه الناس » رواه مسلم حاك ــ بالحاء المهملة والكاف ــ أى تردد فيه .

وعن وابصة بن معبد رضى الله عنه قال : « أتيت رسول الله ﷺ فقال : جئت تسأل عن البر ؟ قلت : نعم . قال : استفت قلبك ، البر ما اطمأنت إليه النفس . واطمأن إليه القلب ، والإثم ما حاك فى النفس وتردد فى الصدر . وإن أفتاك الناس وافتوك » حديث حسن . رواه أحمد بن حنبل والدارمى فى مسنديهما ، وعن عقبة بن الحارث رضى الله عنه « أنه تزوج امرأة لأبى إهاب بن عزيز فأتته امرأة فقالت : إنى قد أرضعت عقبة والتى تزوج بها ، فقال لها : ما أعلم أنك أرضعتنى ولا أخبرتنى ، فركب إلى رسول الله ﷺ بالمدينة فسأله فقال رسول الله ﷺ : كيف ؟ وقد قيل ، ففارقها عقبة ونكحت زوجا غيره » رواه البخارى ، إهاب ــ بكسر الهمزة ــ وعزيز ــ بفتح العين وبراء مكررة [1]ــ وعن الحسن ابن على رضى الله عنهما قال : « حفظت من رسول الله ﷺ : دع ما يريبك

---

(1) صوابه بزاى مكررة . (ط)

إلى ما لا يريبك » رواه الترمذي . وقال : حديث حسن صحيح ، معناه اترك ما تشك فيه ، وخذ ما لا تشك فيه .

وعن عطية بن عروة السعدي الصحابي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذرا لما به البأس » رواه الترمذي [1] وقال : هو حديث حسن ، قال البخاري : وقال حسان بن أبي سنان : « ما رأيت شيئا أهون من الورع ، دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » وحسان هذا من تابعي التابعين ، روى عن الحسن البصري .

(**فصل**) عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « أجملوا في طلب الدنيا ، فان كلا ميسر لما كتب له منها » رواه البيهقي باسناد صحيح ، ورواه ابن ماجه باسناد ضعيف ، وعن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ: « لا تستبطئوا الرزق فانه لم يكن عبد يموت حتى يبلغه بآخر رزق هو له ، فاتقوا الله وأجملوا في الطلب من الحلال وترك الحرام » رواه ابن ماجه والبيهقي .

(**فصل**) في النهي عن اليمين في البيع ، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : الحلف منفقة للسلعة ممحقة للربح » وفي رواية : « للبر ، وفي رواية : للكسب » رواه البخاري ومسلم ، وعن أبي قتادة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « إياكم وكثرة الحلف فانه ينفق ثم يمحق » رواه مسلم ، وعن أبي ذر رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ قال : « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم ، فقرأها رسول الله ﷺ ثلاث مرات ، قال أبو ذر : خابوا وخسروا

---

1) الحديث اخرجه أيضا ابن ماجه والحاكم في المستدرك وفيه (مما به بأس) . (ط)

من هم يا رسول الله ؟ قال : المسبل والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب » رواه مسلم .

(**فصل**) عن رفاعة بن رافع الزرقى رضى الله عنه قال : « خرج رسول الله ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال : يا معشر التجار ، فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه ، فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من اتقى الله ، وبر وصدق » رواه الترمذى ، وقال : هو حديث حسن صحيح ، وعن قيس بن أبى غرزة بغين ـ معجمة ثم راء ثم [1] راء مفتوحات الصحابى رضى الله عنه قال : « خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسمى السماسرة فقال : يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وعن أبى سعيد عن النبى ﷺ قال : « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء » رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

(**فصل**) فى التبكير فى طلب المعيشة ، عن صخر الغامدى الصحابى رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « اللهم بارك لأمتى فى بكورها وكان إذا بعث سرية أو جيشا بعثهم أول النهار ، وكان صخر رجلا تاجرا ، وكان إذا بعث تجارة بعثهم أول النهار ، فأثرى وكثر ماله » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن .

(**فصل**) فى استحباب السماحة فى البيع والشرى والتقاضى والاقتضاء وإرجاح المكيال والميزان . قال الله تعالى : (وما تفعلوا من خير فان الله به عليم)[2] وقال تعالى : (ويا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط

---

(1) صوابه زاى بعد الراء قال فى التقريب وغيره : قيس بن أبى غـ ـ بمعجمة وراء وزاى مفتوحات الغفارى صحابى نزل الكوفة روى له أصحاب السنن الاربعة .

(2) من الآية ٢١٥ من سورة البقرة .

ولا تبخسوا الناس أشياءهم) [1] وقال تعالى : (ويل للمطففين) [2] الآية . وعن جابر رضى الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : « رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى » رواه البخارى ، وعن جابر قال : « اشترى منى رسول الله ﷺ بعيرا فوزن لى وأرجح » [3] رواه البخارى ومسلم . وعن سويد بن قيس قال : « جلبت أنا ومخرمة العبدى برا من هجر فجاءنا النبى ﷺ فسامنا بسراويل وعندى وزان يزن بالأجر فقال النبى ﷺ للوزان : « زن وأرجح » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح . وعن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « اسمح يسمح لك » رواه ابن أبى عاصم .

(**فصل**) عن حكيم بن حزام رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما » رواه البخارى ومسلم ، وعن جرير بن عبد الله قال : « بايعت رسول الله ﷺ على إقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، والنصح لكل مسلم » رواه البخارى ومسلم ، وعن تميم بن أوس الدارى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « الدين النصيحة ، قلنا لمن ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم » رواه مسلم ، وعن أنس رضى الله عنه قال : « قال رسول الله ﷺ : لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه » رواه البخارى ومسلم .

(**فصل**) عن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من أصاب من شىء فليلزمه » رواه ابن ماجه باسناد جيد ، وعن نافع مولى ابن عمر

---

(١) الآية ٨٥ من سورة هود .

(٢) من الآية الاولى من سورة المطففين .

(٣) أى وزن له الثمن دراهم او دنانير ولا يعنى وزن البعير اذ لا يحل بيع الحيوان وزنا حيا . (ط)

قال : « كنت أجهز إلى الشام وإلى مصر فجهزت إلى العراق فأتيت عائشة رضى اللهعنها فقلت : يا أم المؤمنين كنت أجهز إلى الشـــام فجهزت إلى العراق ، فقالت : لا تفعل ، ما لك منزل ، فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول : إذا سبب الله لأحد رزقا من وجه فلا يدعه حتى يتغير له أو يتنكر » رواه ابن ماجه باسناد فيه ضعف .

(فصل) عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبىﷺ قال : « أحب البلاد إلى الله مساجدها ، وأبغض البلاد إلى الله أسواقها » رواه مسلم ، وعن سلمان الفارسى رضى الله عنه من قوله : « لا تكونن إن استطعت أول من يدخل السوق ، ولا آخر من يخرج منها ، فانها معركة الشيطان ، وبها ينصب رايته » رواه مسلم هكذا موقوفا على سلمان ، ورواه الرقانى فى صحيحه عن سلمان قال : « قال رسول اللهﷺ : لا تكن أول من يدخل السوق ، ولا آخر من يخرج منها فيها باض الشيطان وفرخ» قال المـــاوردى وغيره : الذم لمن أكثر ملازمة السوق وصرف أكثر الأوقات إليها والاشتغال بها عن العبادة ، وهذا كما قالوه ، لثبوت الأحاديث فى دخول النبى ﷺ الأسواق مع نص القرآن ، قال الله تعالى : (وقالوا ما لهذا الرسول يأكل الطعام ويمشى فى الأسواق) [1] . وقال تعالى : (وما أرسلنا قبلك من المرسلين إلا إنهم ليأكلون الطعام ويمشون فى الأسواق) [2] .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « خرج النبىﷺ فى طائفة النهار لا يكلمنى ولا أكلمه ، حتى جاء سوق بنى قينقـــاع ثم انصرف » رواه البخارى ومسلم ، قينقاع قبيلة من اليهود ـــ بفتح القاف الأولى وضم النون وفتحها وكسرها ـــ وعن أنس أن النبىﷺ « كان فى السوق فقال

---

(١) الآية ٢٠ من سورة الفرقان .

(٢) الآية ٧ من سورة الفرقان .

رجل : يا أبا القاسم فالتفت إليه وذكر تمام الحديث » رواه البخارى ، وعن بريدة قال : « كان رسول الله ﷺ إذا دخل السوق قال : بسم الله اللهم إنى أسالك خير هذه السوق وخير ما فيها ، وأعوذ بك من شرها وشر مافيها ، اللهم إنى أعوذ بك أن أصيب فيها يمينا فاجرة ، أو صفقة خاسرة » رواه الحاكم فى المستدرك على الصحيحين .

(**فصل**) سبق فى مقدمة هذا الشرح أن من أراد التجارة لزمه أن يتعلم أحكامها فيتعلم شروطها ، وصحيح العقود من فاسدها ، وسائر أحكامها وبالله التوفيق .

(**فصل**) مذهبنا أن الإشهاد على عقد البيع والإجارة وسائر العقود غير النكاح والرجعة مستحب ، وليس بواجب ، وقد صرح المصنف بهذا اللفظ بحروفه فى أول كتاب الشهادات ، واستدل المصنف وغيره للاستحباب بقوله تعالى : (وأشهدوا إذا تبايعتم) [1] هذا مذهبنا قال ابن المنذر وبه قال أبو أيوب الأنصارى وأبو سعيد الخدرى والشعبى والحسن وأصحاب الرأى وأحمد وإسحق ، وبهذا قال جمهور الأمة من السلف والخلف . قال ابن المنذر : وقالت طائفة : يجب الإشهاد على البيع ، وهو فرض لازم يعصى بتركه ، قال : روينا هذا عن ابن عباس قال : وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد ، ولم يكتب ، قال : وروينا عن مجاهد قال : ثلاثة لا يستجاب لهم دعوة : رجل باع بنقد [2] قال : وروينا نحو هذا عن أبى بردة بن أبى موسى وأبى سليمان المرعشى ، واحتجوا بقوله تعالى : (وأشهدوا إذا تبايعتم) [3] واحتج الجمهور بالأحاديث الصحيحة أن النبى ﷺ باع واشترى ، ولم ينقل الإشهاد فى ذلك ، وكذلك الصحابة

(١ ، ٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) بياض بالاصل ولعل السقط مفش او نطفف أو نفجر فى يمينه . (ط)

فى زمنه وبعده ؛ وحملوا الآية الكريمة على الاستحباب لما ذكرناه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار ، فأما الصبى والمجنون فلا يصح بيعهما ، لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه تصرف فى المال ، يفوض إلى الصبى والمجنون كحفظ المال) .

(الشرح) هـذا الحديث صحيح من رواية على وعائشة رضى الله عنهما ، سبق بيانه فى أول كتاب الصلاة ، وأول كتابى الزكاة والصوم ، وقوله : (تصرف فى المـال) احتراز من اختيار الصبى أحد الأبوين وهو مميز ، ومن عباداته وحمله الهدية ، ومن وطء الصبى والمجنون امرأتيهما ، وأما قياسه على حفظ المـال فلأنه مجمع عليه ومنصوص عليه فى قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) [1] وأما قول المصنف : يصح البيع من كل عاقل بالغ مختار ، فمما ينكر عليه ، لأنه يدخل فيه الأعمى ، وقد ذكر المصنف بعد هذا هو والأصحاب أن المذهب الصحيح أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه ، ويدخل أيضا المحجور عليه بالسفه ، وهو لا يصح بيعه فكان ينبغى أن يزيد بصيرا غير محجور عليه كما ذكرناه فى الفرع السابق قريبا ، وذكرنا هناك أنه يشترط أيضا إسلام المشترى إن اشترى عبدا مسلما أو مصحفا ، والله أعلم .

وأما المجنون فلا يصح بيعه بالإجماع ، وكذلك المغمى عليه (وأما) السكران فالمذهب صحة بيعه وشرائه وسائر عقوده التى تضره والتى تنفعه

---

(١) من الآية ٦ من سورة النساء .

(والثانى) لا يصح شىء منها (والثالث) يصح ما عليه دون ما له فعلى هذا يصح بيعه وهبته دون إيهابه ، وتصح ردته دون إسلامه ، وقد ذكر المصنف هذه الأوجه فى أول كتاب الطلاق ، وهناك نوضحها بفروعها إن شاء الله تعالى .

(وأما) الصبى فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقوده لا لنفسه ولا لغيره سواء باع بغبن أو بغبطة ، وسواء كان مميزا أو غيره ، وسواء باع باذن الولى أو بغير إذنه ، وسواء بيع الاختبار وغيره ، وبيع الاختبار هو الذى يمتحنه الولى به ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام ، ولكن طريق الولى أن يفوض إليه الاستلام وتدبير العقد ، فاذا انتهى الأمر إلى العقد أتى به الولى ولا خلاف فى شىء مما ذكرته عندنا إلا فى بيع الاختبار ، فان فيه وجها شاذا ضعيفا حكاه إمام الحرمين وآخرون ، من الخراسانيين أنه يصح ، والمذهب بطلانه ، والله أعلم .

واستدل المصنف وغيره بهذا الحديث ، ووجه الدلالة منه أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبى ، وقد صرح الحديث بأن الصبى لا يجب عليه شىء ، وقيل : وجه الدلالة منه أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قال الفقهاء : إذا اشترى الصبى شيئا وسلم إليه فتلف فى يده أو أتلفه فلا ضمان عليه ، لا فى الحال ولا بعد البلوغ ، وكذا لو اقترض مالا ، لأن المالك هو المضيع بالتسليم إليه ، وما دامت العين باقية فللمالك الاسترداد وإن قبضها الولى من الصبى دخلت فى ضمان الولى ، ولو سلم الصبى إلى البائع ثمن ما اشتراه لم يصح تسليمه ، ويلزم البائع رده إلى الولى ، ويلزم الولى طلبه واسترداده ، قال أصحابنا : فان رده إلى الصبى لم يبرأ من الضمان ، قال أصحابنا : وهذا كما لو سلم الصبى درهما إلى صراف لينقده ، أو سلم متاعا إلى مقوم ليقومه ، فاذا قبضه من

الصبى دخل فى ضمان القابض ، ولم يجز له رده إلى الصبى . بل يلزمه أن يرده إلى وليه إن كان المـال للصبى ، وإن كان لكامل لزمه رده إلى مالكه أو وكيله فيه ، قال أصحابنا : ولو أمره ولى الصبى بدفعه إلى الصبى فدفعه إليه سقط عنه الضمان إن كان المـال للولى . فان كان للصبى لم يسقط كما لو أمره بالقاء مال الصبى فى بحر فألقـاه ، فانه يلزمه ضمانه قطعـا .

(فــرع) لو تبايع صبيان وتقابضـا ، وأتلف كل واحد منهمـا ما قبضه ، قال أصحابنا : إن جرى ذلك باذن الوليين فالضمان عليهما ، وإلا فلا ضـــمان على الوليين ، ويجب فى مال الصبيين الضـمان لأن تسليمهما لا يعد تسليطا وتضييعا بخلاف تسليم البـالغ الرشيد ، والله سبحانه أعلم .

(فــرع) قال أصحابنا : لا يصح نكاح الصبى بنفسه . ولا سائر تصرفاته ، لكن فى تدبيره ووصيته خلاف مذكور فى موضعه ، والأصح بطلانهما أيضا ، وسواء فى هذا كله إذن الولى أم لا ، لأن عبارته ملغاة ، فلا أثر لإذن الولى ، كما لو أذن لمجنون ، أما إذا فتح الصبى بابا وأخبر باذن أهل الدار فى الدخول ، أو أوصل هدية ، وأخبر عن إهداء مهديها ، فقال أصحابنا : إن انضمت إلى ذلك قرائن تحصل العلم بذلك جاز الدخول وقبول الهدية ، وهو فى الحقيقة عمل بالعلم لا بمجرد قوله ، وإن لم ينضم ــ نظر إن كان غير مأمون القول ــ لم يجز اعتماد قوله بلا خلاف ، وإلا فطريقان (أصحهما) القطع بجواز الاعتماد وبهذا قطع المصنف فى التنبيه فى باب الوكالة وآخرون من الأصحاب لإطباق المسلمين على فعل ذلك فى جميع الأعصار من غير إنكار ولحصول الظن بصدقه فى العادة (والطريق الثانى) حكاه الإمام والغزالى وآخرون : فيه وجهان كالوجهين فى قبول روايته كما سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى .

(فــرع) إذا سمع الصبى المميز حديثا فهل يصح تحمله ؟ وتقبــل روايته ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا تقبل مطلقا ، لا قبل بلوغه ولا بعده ، لضعف ضبطه ، كما لا يصح بيعه وغيره (والثانى) تصح روايته قبــل البلوغ وبعده ، كما حكاه إمام الحرمين والغزالى وســائر الخراسانيين وجماعات من غيرهم لأن الرواية مبنيــة على المسامحة ، واحتمل فيهــا أشياء لا تحتمل فى غيرها . كاعتماده على خطه ، وكونها لا ترد بالتهمة وغير ذلك من المسامحة (والثالث) أنها تقبل بعد البلوغ ، ولا تقبل قبله ، وهــذا هو الصحيح ، بل هو الصواب ، وما سواه باطل ، وممــا يرد الأول إجماع الصحابة فمن بعدهم على قبول روايات صــغار الصحابة ما تحملوه قبل البلوغ ، ورووه بعده كابن عباس والحسن والحسين وابن الزبير وابن جعفر والنعمان بن بشير وخلائق لا يحصون . رضى الله عنهم أجمعين .

(فــرع) قال أصحابنا : كما لا تصح من الصبى تصرفاته القولية : لا يصح قبضه فى تلك التصرفات ، فلو اتهب له الولى شيئا وقبله ثم قبضه الصبى بإذن الواهب لم يصح قبضه ، ولا يحصل له الملك فيه بهذا القبض ، ولو وهب لأجنبى وأذن الموهوب له للصبى أن يقبضه له ، وأذن له الواهب فى القبض فقبضه ، لم يصح بلا خلاف ، ولو قال مستحق الدين لمن هو عليه : سلم حقى إلى هذا الصبى ، فسلم قدر حقه إلى الصبى لم يبرأ من الدين بلا خلاف ، بل يكون ما سلمه باقيا على ملكه حتى لو ضاع ضاع على الدافع ولا ضمان على الصبى ، لأن الدافع ضيعه بتسليمه ، ويبقى الدين على حاله .

قال أصحابنا : لأن ما فى الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح . ولا يزول الدين عن الذمة كما لو قال صاحب الدين للمدين : ألق حقى فى البحر ، فألقى قدر حقه لا يبرأ بلا خلاف وما يتلف من ضمان الملقى ، قال أصحابنا :

ولو قال مالك الوديعة للمودع : سلم وديعتى إلى هذا الصبى ، فسلم إليه خرج من العهدة ، لأنه امتثل أمره فى حقه المعين ، كما لو قال : ألقها فى البحر فألقاها ، فانه لا ضمان بلا خلاف ، لأنه أذن فى إتلافها ، قال أصحابنا : فلو كانت الوديعة لصبى فسلمها إلى الصبى ضمن ، بسواء كان باذن الولى أو بغير إذنه ، لأنه ليس للمودع تضييعها ، وإن أذن له الولى فيه . هذا لا خلاف فيه ، والله أعلم .

ونقل إمام الحرمين فى النهاية هذا الفرع عن الأصحاب .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع الصبى المميز . قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يصح سواء أذن له الولى أم لا ، وبه قال أبو ثور وقال الثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق : يصح بيعه وشراؤه باذن وليه . وعن أبى حنيفة رواية أنه يجوز بغير إذنه ويقف على إجازة الولى ، قال ابن المنذر : وأجاز أحمد وإسحق بيعه وشراءه فى الشىء اليسير يعنى بلا إذن دليلنا ما ذكره المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما المكره فان كان بغير حق لم يصح بيعه . لقوله تعالى : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)(1) فدل على انه إذا لم يكن عن تراض لم يحل الأكل ، وروى أبو سعيد الخدرى ان النبى ﷺ قال : « إنما البيع عن تراض » فدل على انه لا بيع عن غير تراض ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح ، ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم ، وإن كان بحق صح ، لأنه قول حمل عليه بحق فصح ، ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحربى) .

(الشرح) حديث أبى سعيد هذا رواه البيهقى ، وهو حديث طويل ، وروى أبوسعيد أن رسول الله ﷺ قال : (لألقين الله من قبل أن أعطى

---

(1) الآية ٢٩ من سورة النساء .

أحدا من مال أحد شيئا بغير طيب نفسه ، إنما البيع عن تراض) وقوله : (لأنه قول أكره عليه بغير حق) احترز بالقول عن الفعل ، بأن أكرهت على الإرضاع أو أكره على الحدث ، فانه يثبت حكمهما ، وكذا الإكراه على القتل على أصح القولين واحترز بقوله : (بغير حق) عن الإكراه بحق كإكراه الحربى على الإسلام وإكراه من عليه دين متمكن فى البيع فى أدائه .

(اما الأحكام) فقال أصحابنا : المكره على البيع ، إن كان إكراهه بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، فان كان بحق صح ، وصورة الإكراه بحق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه ، فيمتنع من بيعه بعد امتناع المالك من الوفاء والبيع ، قال القاضى أبو الطيب فى كتاب التفليس والأصحاب : القاضى بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين ، وإن شاء أكرهه على بيعه ، وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : التصرفات القولية التى يكره عليها بغير حق باطلة سواء الردة والبيع والإجارة ، وسائر المعاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها (وأما) ما أكره عليه بحق فهو صحيح ، قالوا : فتحصل من هذا أن المرتد والحربى إذا أكرها على الاسلام صح إسلامهما ، لأنه إكراه بحق ، وكذا المكره على البيع بحق يصح بيعه كما سبق (وأما) الذمى إذا أكره على الإسلام فهو إكراه بغير حق ، لأنا شرطنا فى الذمة أن نقره على دينه ، فاذا أكره فهل يصح إسلامه ؟ فيه طريقان :

(أحدهما) لا يصح وجها واحدا ، وهو مقتضى كلام المصنف هنا وآخرين .

(والطريق الثانى) فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين فى كتاب الطلاق ، وفى كتاب الكفارات ، حكاهما الغزالى فى هذين الموضعين لكنه

حكاهما فى الكفارات قولين ، وهو شاذ ، والمشهور أنهما وجهان (أصحهما) باتفاق الأصحاب لا يصح .

قال إمام الحرمين : المصير إلى صحته ــ مع أن إكراهه غير سائغ ــ وإن صح ما ذكرناه فى إكراه الحربى ، لكونه إكراها بحق ، لم يمكن ذلك فى الذمى . لأن إكراهه ممنوع ، قال إمام الحرمين : إذا أكره الحربى على الإسلام فنطق بالشهادتين تحت السيف حكم باسلامه اتفقت الطرق على هذا مع ما فيه من الغموض من جهة المعنى ، لأن كلمتى الشهادتين نازلتان فى الإعراب عن الضمير منزلة الإقرار والظاهر ممن يقولهما تحت السيف أنه كاذب فى إخباره والله تعالى أعلم .

وأما المولى بعد مضى المدة فاذا طلق باكراه القاضى له نفذ طلاقه ، لأنه إكراه بحق ليس بحقيقة إكراه فانه لا يتعين الطلاق ، بل يلزمه بالفيئة أو الطلاق ، قال صاحب التتمة وغيره : هذا إذا أكرهه على طلقة واحدة ، فان أكرهه على ثلاث طلقات فهو ظالم له ، فاذا تلفظ بها ــ (فان قلنا :) لا ينعزل القاضى بالفسق ــ وقعت طلقة ولغت الزيادة (وإن قلنا :) ينعزل لم يقع شىء كما لو أكرهه غيره ..

(فــروع) قال الغزالى فى كتاب الطلاق : الإكراه يسقط أثر التصرفات عندنا إلا فى خمسة مواضع (أحدها) الإسلام فيصح إسلام الحربى المكره ولا يصح إكراه الذمى على الأصح (الثانى) الإرضاع فاذا أكرهت عليه ثبت حكمه ، لأنه منوط بوصول اللبن إلى الجوف لا بالقصد (الثالث) القتل فاذا أكره عليه لزمه القصاص على أصح القولين (الرابع) الزنا ، فاذا أكره الرجل عليه لزمه الحد فى أحد الوجهين ومأخذ الوجهين التردد فى تصور الإكراه (الخامس) إذا علق الطلاق على دخول الدار فأكره عليه وقع طلاقه فى أحد القولين ، والأصح لا يقع وأنه لا يحــد المكره على الزنا .

قال : والاستثناء فى التحقيق يرجع إلى الإسلام فحسب ، وإلى القتل على قول (وأما) ما عداه فسببه عدم تصــور الإكراه ، وعدم اشتراط القصد ، هذا آخر كلام الغزالى (وقوله :) إنه إنما يستثنى هذه الخمسة ، يرد عليه مسائل (منها) إذا أكره على الأكل فى الصوم ففى فطره قولان ، سبقا فى موضعهما ، الأصح : لا يفطر (ومنها) إذا أكره المصلى على الكلام فتكلم فقولان مشهوران (أحدهما) لا تبطل صلاته (وأصحهما) تبطل ، وبه قطع البغوى وغيره وسبق بيانه فى موضعه (ومنها) إذا أكره المصلى حتى فعل أفعالا كثيرة بطلت صلاته قطعا (ومنها) لو أكره على التحول عن القبلة أو على ترك القيام فى الفريضة مع القــدرة فصلى قاعدا لزمه الإعادة لأنه عذر نادر .

(فــرع) المصادر من جهة السلطان وغيره ممن يظلمه بطلب مال وقهره على إحضاره إذا باع ما له ليدفعه إليه للضرورة والأذى الذى يناله ، هل يصح بيعه ؟ فيه وجهان مشهوران ، حكاهما إمام الحرمين والغزالى وآخرون وقد سبقا فى باب الأطعمة فى مسائل أكل المضطر مال الأجنبى (أحدهما) لا يصح كالمكره (وأصحهما) يصح وبه قطع الشيخ إبراهيم المروذى ، لأنه لا إكراه على نفس البيع ، ومقصود الظالم تحصيل المــال من أى جهة كان والله تعالى أعلم .

(فــرع) ذكرنا أن المكره بغير حق لا يصح بيعه . هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأحمد والجمهور . وقال أبو حنيفة : يصح ويقف على إجازة المــالك فى حال اختياره واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وبحــديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطــأ والنسيان وما استكرهوا عليه » حديث حسن ، رواه ابن ماجه والبيهقى وغيرهمــا باسناد حسن فهــذا مع ما ذكره المصنف هو المعتمد فى دليل المســألة ..

وقد احتج بعض أصحابنا بأشياء لا يحتج بها (منها) ما رواه أبوداود باسناده عن شيخ من بنى تميم ، قال : خطبنا على رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تدرك » ورواه البيهقى عن شيخ من بنى تميم عن على قال : « سيأتى على الناس زمان عضوض يعض الموسر على ما فى يديه ولم يؤمر بذلك ، قال الله جل ثناؤه : (ولا تنسوا الفضل بينكم)[1] يعز الأشرار ويستذل الأخيار وما يمنع المضطرون . وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر وعن بيع الغرر ، وعن بيع الثمرة قبل أن تطعم » وهذا الإسناد ضعيف ، لأن هذا الشيخ مجهول ، قال البيهقى : وقد روى من أوجه عن على وابن عمر وكلها غير قوية (ومنها) ما رواه البيهقى باسناد ضعيف عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : « قال رسول الله ﷺ: لا يركبن رجل بحرا إلا غازيا أو معتمرا أو حاجا ، فان تحت البحر نارا وتحت النار بحرا وتحت البحر نارا ، ولا يشترى مال امرىء مسلم فى ضغطه » قال البخارى لا يصح هذا الحديث ، والله تعالى أعلم .

(فرع) ذكر الخطابى فى تفسير حديث على رضى الله عنه أن بيع المضطر يكون على وجهين (أحدهما) أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه عليه ، فلا ينعقد العقد (والثانى) أن يضطر إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه ، فيبيع ما فى يده ، فالوكس من أجل الضرورة ، فسبيله من حيث المروءة أن لا يترك حتى يبيع ماله ، ولكن يعان ويقرض ويستمهل له إلى الميسرة ، حتى يكون له فيه بلاغ . فان عقد البيع على هذا الوجه صح ولم يفسخ ، ولكن كرهه عامة أهل العلم . هذا لفظ الخطابى رضى الله عنه ، والله أعلم .

---

(١) من الآية ٢٣٧ من سورة البقرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا ينعقد البيع إلا بالايجاب والقبول ، فاما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع، لان اسم البيع لا يقع عليه . والايجاب ان يقول : بعتك أو ملكتك أو ما اشبههما، والقبول ان يقول : قبلت أو ابتعت او ما اشبههما ، فان قال المشترى : بعنى ، فقال البائع : بعتك انعقد البيع ، لان ذلك يتضمن الايجاب والقبول ، وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة ففيه وجهان (احدهما) ينعقد البيع ، لانه موضع ضرورة (والثانى) لا ينعقد وهو الصحيح ، فانه قادر على النطق ، فلا ينعقد البيع بغيره ، وقول القائل الأول : إنه موضع ضرورة لا يصح ، لأنه يمكنه ان يوكل من بيعه بالقول) .

(الشرح) فيه مسائل :

(إحداها) المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول ، ولا تصح المعاطاة فى قليل ولا كثير ، وبهذا قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه يصح البيع بالمعاطاة ، خرجه من مسألة الهدى إذا قلده صاحبه ، فهل يصير بالتقليد هديا منذورا ؟ فيه قولان مشهوران (الصحيح) الجديد لا يصير (والقديم) أنه يصير ويقام الفعل مقام القول ، فخرج ابن سريج من ذلك القول وجها فى صحة البيع بالمعاطاة . ثم إن الغزالى والمتولى وصاحب العدة والرافعى والجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه تجوز المعاطاة فى المحقرات ، وهو مذهب أبى حنيفة ، فانه جوزها فى المحقرات دون الأشياء النفيسة . ونقل إمام الحرمين هذا عن أبى حنيفة ، ونقل عن ابن سريج أنه جوزها ولم يقيد الإمام فى نقله عن ابن سريج بالمحقرات كما قيد فى نقله عن أبى حنيفة . ولعله أراد ذلك واكتفى بالتقييد عن أبى حنيفة ..

وقد أنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الغزالى كونه حكى عن ابن سريج تجويزها فى المحقرات ، وقال : ليست مختصة عند ابن سريج

بالمحقرات ، وهذا الإنكار على الغزالى غير مقبول لأن المشهور عن ابن سريج التخصيص بالمحقرات كما ذكرناه ، والله أعلم •

واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا • وقال مالك : كل ما عده الناس بيعا فهو بيع ، وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعا صحيحة وأن ما عده الناس بيعا فهو بيع • صاحب الشامل والمتولى والبغوى والرويانى ، وكان الرويانى يفتى به وقال المتولى: وهذا هو المختار للفتوى ، وكذا قاله آخرون • وهذا هو المختار ، لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت فى الشرع لفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعا كان بيعا كما فى القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة فانها كلها تحمل على العرف ، ولفظة البيع مشهورة ، وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع عن النبى ﷺ وأصحابه رضى الله عنهم فى زمنه وبعده ، ولم يثبت فى شىء منها مع كثرتها اشتراط الايجاب والقبول والله أعلم •

وأحسن من ذكر هذه المسألة وأوضحها المتولى فقال : المعاطاة التى جرت بها العادة بأن يزن النقد ، ويأخذ المتاع من غير إيجاب ولا قبول ليست بيعا على المشهور من مذهب الشافعى • وقال ابن سريج : كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعده بيعا فهو بيع • وما لم تجر فيه العادة بالمعاطاة كالجوارى والدواب والعقار لا يكون بيعا • قال : وهذا هو المختار للفتوى • وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : المعاطاة بيع فى المحقرات • فأما النفيس فلابد فيه من الايجاب والقبول ، ووجه المشهور القياس على النكاح • فانه لا ينعقد إلا باللفظ وقياسا على العقار والنفائس • ووجه طريقه ابن سريج أن البيع كان معهودا قبل ورود الشرع • فورد ولم يغير حقيقته ، بل علق به أحكاما فوجب الرجوع فيه إلى العرف وكل ما كان عدوه بيعا جعلناه بيعا ، كما يرجع فى إحياء الموات والحرز والقبض إلى العرف قال : ولم ينقل عنهم لفظ التبايع ، والله أعلم •

(فــرع) صورة المعاطاة التى فيها الخلاف السابق : أن يعطيه درهما أو غيره ويأخذ منه شيئا فى مقابلته ، ولا يوجد لفظ أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر ، فاذا ظهر — والقرينة وجود الرضى من الجانبين — حصلت المعاطاة ، وجرى فيها الخلاف . وقد صرح بهذا التصوير المتولى كما قدماه عنه ، وكذا صرح به آخرون . قال الشيخ أبوعمرو بن الصلاح رضى الله عنه . وما وجد من بعض أئمتنا فى تصويرها من ذكر لفظ كقوله : خذ وأعط . فهو داخل فى عموم ما ذكرناه من القرينة . فان ذلك مفروض فيما إذا لم ينو البيع بهذا اللفظ الذى قرن بالعطية . فان نواه به فهى مسألة البيع بالكناية . وفى صحته بالكناية وجهان (أصحهما) الصحة مع قولنا لا ينعقد بالمعاطاة هذا كلام أبى عمرو .

فأما إذا أخذ منه شيئا ولم يعطه شيئا ، ولم يتلفظا ببيع ، بل نويا أخذه بثمنه المعتاد كما يفعله كثير من الناس فهذا باطل بلا خلاف ؛ لأنه ليس ببيع لفظى ولا معاطاة ولا يعد بيعا فهو باطل ولنعلم هذا ولنحترز منه ؛ ولا نغتر بكثرة من يفعله ، فان كثيرا من الناس يأخذ الحوائج من البياع مرة بعد مرة من غير مبايعة ولا معاطاة ، ثم بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض . وهذا باطل بلا خلاف ، لما ذكرناه والله أعلم .

(فــرع) الرجوع فى القليل والكثير والمحقر والنفيس إلى العرف ؛ فما عدوه من المحقرات ، وعدوه بيعا ، فهو بيع ، وإلا فلا . هــذا هو المشهور تفريعا على صحة المعاطاة وحكى الرافعى وجها أن المحقر دون نصاب السرقة . وهذا شاذ ضعيف ، بل الصواب أنه لا يختص بذلك ، بل يتجاوزه إلى ما يعده أهل العرف بيعا والله أعلم .

(فــرع) إذا قلنا بالمشهور : إن المعاطاة لا يصح بها البيع ، ففى حكم المــأخوذ بها ثلاثة أوجه ، حكاها المتولى وغيره مجموعة ؛ وحكاها متفرقة آخرون (أصحها) عندهم له حكم المقبوض ببيع فاسد ؛ فيطالب

كل واحد رد ما قبضه إن كان باقياً ، وإلا فرد بدله . فلو كان الثمن الذى قبضه البائع مثل القيمة ، فقد قال الغزالى فى الإحياء : هذا مستحق ظفر بمثل حقه . والمالك راض فله تملكه لا محالة . وظاهر كلام المتولى وغيره أنه يجب ردها مطلقا .

(والوجه الثانى) أن هذا إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها . قاله القاضى أبو الطيب وحكاه عنه صاحب الشامل . قال : وأوردت عليه وأجاب فأوردت على جوابه . وذكر ذلك كله . وحاصله تضعيف هذا الوجه بما ضعفه به هو والمتولى . وهو أنه لو أتلف أحدهما ما أخذه وبقى مع الآخر ما أخذه لم يكن لمن تلف فى يده أن يسترد الباقى فى يد صاحبه من غير أن يغرم له بدل ما تلف عنده . ولو كان هذا إباحة لكان له الرجوع ، كما لو أباح كل واحد منهما لصاحبه طعامه ، وأكل أحدهما دون الآخر ، فان للآكل أن يرجع عن الإباحة ويسترد طعامه بلا خلاف .

(والوجه الثالث) أن العوضين يستردان . فان تلفا فلا مطالبة لأحدهما ، ويسقط عنهما الضمان ، ويتراد منهما بالتراضى السابق . وهذا قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى وأنكروه عليه . وأوردوا عليه سائر العقود الفاسدة فانه لا يراه فيها وإن وجد الرضى . قال المتولى : ولأن إسقاط الحقوق طريقه اللفظ . كالعفو عن القصاص والإبراء عن الديون . فان أقمنا التراضى مقام اللفظ فى الإسقاط وجب أن نقيمه مقامه فى انعقاد العقد . والله أعلم .

(فرع) ذكر أبوسعيد بن أبى عصرون تفريعا على المشهور أن البيع لا يصح بالمعاطاة أنه لا مطالبة بين الناس فيها فى الدار الآخرة ؛ لوجود طيب النفس بها . ووقوع الاختلاف فيها . هذا لفظه فى كتابه الانتصار . فيحتمل أنه أراد ما قدمناه عن الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب فى الوجه الثالث والثانى ؛ والظاهر أنه أراد أنه لا مطالبة على كل

وجه بها فى الدار الآخرة ، وإن كانت المطالبة ثابتة فى الدنيا على الخلاف السابق والله أعلم .

(**فـرع**) الخلاف المذكور فى المعاطاة فى البيع يجـرى فى الإجارة والرهن والهبة ونحوها . هكذا ذكره المتولى وآخرون (وأما) الهـدية وصدقة التطوع ففيها خلاف مرتب على البيع — إن صححناه بالمعاطاة — ولم نشترط فيهما لفظا فهما أولى بذلك ، وإن شرطنا اللفظ فى البيع ففيهما وجهان مشهوران عند الخراسانين ، وذكرهما جماعة من العراقيين (أحدهما) وبه قطع المصنف فى باب اختلاف الزوجين فى الصداق ، وآخرون من العراقيين أو أكثرهم يشترط فيهما الايجاب والقبول كالبيع (وأصحهما) عند الجمهور لا يشترط وهو الصواب .

قال الرافعى فى أول كتاب الهبة : هذا هو الصحيح الذى عليه قرار المذهب . ونقله الأثبات من متأخرى الأصحاب وقطع به المتولى والبغوى . واعتمده الروياني وغيرهم . واحتجوا بأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ فيأخذها ، ولا لفظ هناك . وعلى ذلك جرى الناس فى جميع الأعصار . ولهذا كانوا يبعثون بها على أيدى الصبيان الذين لا عبـارة لهم . قال أصحابنا : (فان قيل) كان هذا إباحة لا هدية وتمليكا (فالجواب) أنه لو كان إباحة ما تصرفوا فيه تصرف الملاك . ومعلوم أن ما قبله النبى ﷺ من الهدايا كان يتصرف فيه ويملكه غيره ، قال الرافعى : ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الايجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضا دون اللفظ . ويقال : الاشعار بالرضا يكون لفظا ، ويكون فعلا . والله أعلم .

(**فـرع**) إذا اشترطنا الايجاب والقبول باللفظ ، فالايجاب كقول البائع : بعتك هذا أو ملكتك ، ونحوهما من الألفاظ ، وفى ملكتك وجه شاذ ، حكاه المـاوردى وآخرون أنه ليس بصريح لأنه مستعمل فى الهبة

وادعى الماوردى أنه الأصح ، وليس كما قال ، بل المذهب الأول ، وبه قطع المصنف والجمهور • والقبول كقول المشترى : قبلت أو ابتعت أو اشتريت أو تملكت ، قال الرافعى : ويجيء فى تملكت ذلك الوجه . قال أصحابنا : وسواء تقدم قول البائع أو قول المشترى : اشتريت ، فقال البائع بعده : بعت ، فيصح البيع فى الحالين بلا خلاف لحصول المقصود • قال أصحابنا : ولا يشترط اتفاق اللفظين ، بل لو قال البائع : بعتك أو اشتريت فقال المشترى : تملكت أو قال البائع : ملكتك ، فقال المشترى اشتريت ، صح بلا خلاف ، لأن المعنى واحد • وكذا فى النكاح لو قال : زوجتك بنتى فقال : قبلت نكاحها ، أو قال : أنكحتكها • فقال : قبلت تزويجها صح النكاح بلا خلاف •

(المسألة الثانية) قال أصحابنا : كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتاق والإبراء ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف ، كما ينعقد بالصريح ، وأما ما لا يستقل به ، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول فضربان (أحدهما) ما يشترط فيه الاشهاد كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الإشهاد ، فهذا لا ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف لأن الشاهد لا يعلم النية (والثانى) ما لا يشترط فيه الإشهاد ، وهو نوعان (أحدهما) ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر كالكتابة والخلع فينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف، لأن مقصود الكتابة العتق ومقصود الخلع الطلاق وهما يصحان بالكناية مع النية (والثانى) ما لا يقبله كالبيع والإجارة والمساقاة وغيرها ، وفى انعقاد هذه العقود بالكناية مع النية وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) الانعقاد كالخلع ولحصول التراضى مع جريان اللفظ وإرادة المعنى يدل عليه من حيث السنة حديث جابر فى قصة بيعه جمله للنبى ﷺ وهو حديث طويل مشهور فى الصحيحين وغيرهما ، قال فيه :

« قال لى النبى ﷺ : بعنى جملك . فقلت إن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها قال : قد أخذته به » هذا لفظ رواية مسلم .

قال أصحابنا : ومثال الكناية فى البيع أن يقول : خذه منى بألف ، أو تسلمه بألف ، أو أدخلته فى ملكى بألف ، أو جعلته لك أو هو لك بألف ، وما أشبهها ولو قال : أبحته لك بألف فليس بكناية بلا خلاف ؛ لأنه صريح فى الإباحة فلا يكون كناية فى غيره ، ولو قال : سلطتك عليه بألف ، ففى كونه كناية وجهان كقوله : أبحته لك بألف (وأصحهما) يكون ، لأنه محتمل ، وليس صريحا فى الإباحة بخلاف : أبحته . قال إمام الحرمين : « و » هذا الخلاف فى انعقاد البيع ونحوه بالكناية مع النية هو فيما إذا عدمت قرائن الأحوال ، فان توفرت وأفادت التفاهم وجب القطع بالصحة ، لكن النكاح لا يصح بالكناية ، وإن توفرت القرائن (وأما) البيع المقيد بالاشهاد فقال الغزالى فى الوسيط : الظاهر انعقاده عند توفر القرائن ، والله أعلم .

(فــرع) قال الغزالى فى الفتاوى : لو قال أحد المتبايعين : بعنى . فقال : قد باعك الله أو بارك الله فيه . أو قال فى النــكاح : زوجك الله ابنتى . أو قال فى الإقالة : قد أقالك الله . أو قد رده الله عليك . فهذا كله كناية فلا يصح النكاح بكل حال ، وأما البيع والاقالة فان نواهما صحا . وإلا فلا . وإذا نواهما كان التقدير : قد أقالك الله لأنى أقلتك . والله أعلم .

(المسألة الثالثة) إذا كتب إلى غائب بالبيع ونحوه ، قال أصحابنا : هو مرتب على أن الطلاق هل يقع بالكَتْب مع النية ، وفيه خلاف . الأصح صحته ووقوعه (فان قلنا) لا يصح الطلاق فهذه العقود أولى أن لا تنعقد (وإن قلنا) بالصحة ففى البيع ونحوه الوجهان فى انعقــاده بالكناية مع النية ، وهذان الوجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند المصنف لا يصح : (والثانى) وهو الأصح : أنه يصح البيع ونحوه

بالمكاتبة لحصول التراضى ، لا سيما وقد قدمنا أن الراجح إنعقاده بالمعاطاة . وقد صرح الغزالى فى الفتاوى والرافعى فى كتاب الطلاق بترجيح صحة البيع ونحوه بالمكاتبة : قال أصحابنا : (وإن قلنا) يصح فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب ، هذا هو الأصح ، وفيه وجه ضعيف أنه لا يشترط القبول ، بل يكفى التواصل اللائق بين الكتابين .

أما إذا تبايع حاضران بالكتابة فقال أصحابنا : إن منعناه فى الغيبة فههنا أولى ، وإلا فوجهان ، وإذا صححنا البيع بالمكاتبة جاز القبول بالكتب وباللفظ . ذكره إمام الحرمين وغيره . قال أصحابنا : وحكم الكتب على القرطاس والرق واللوح والأرض والنقش على الحجر والخشب واحد ، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء . قال بعض الأصحاب تفريعا على صحة البيع بالمكاتبة : لو قال : بعت دارى لفلان وهو غائب . فلما بلغه الخبر قال : قبلت انعقد البيع . لأن النطق أقوى من الكتب . والله تعالى أعلم .

(فرع) أما النكاح ففى انعقاده بالمكاتبة خلاف مرتب على البيع ونحوه ذكره إمام الحرمين والبغوى وآخرون قالوا : إن قلنا : لا يصح البيع فالنكاح أولى وإلا فوجهان (والمذهب) أنه لا يصح ، لأن الشهادة شرط فيه ، ولا اطلاع للشهود على النية ولو قالا بعد المكاتبة : نوينا ، كانت شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد فلا يصح . ومن جوزه اعتمد الحاجة . قال أصحابنا : وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبة فليكتب : زوجتك بنتى . ويحضر الكتاب عدلان ، ولا يشترط أن يحضرهما . ولا أن يقول لهما : اشهدا ، بل لو حضرا بأنفسهما كفى فاذا بلغ الكتاب الزوج فليقبل لفظا ، ويكتب القبول ويحضر القبول شاهدا الإيجاب . فان شهده آخران فوجهان (أصحهما) لا يصح لأنه لم يحضره شاهد له (والثانى) الصحة ، لأنه حضر الإيجاب والقبول شاهدان ويحتمل تغايرهما كما

احتمل الفصل بين الإيجاب والقبول • ثم إذا قبل لفظا أو كتابة يشترط كونه على الفور • هذا هو المذهب • وفيه وجه ضعيف كما سبق فى البيع ، والله أعلم •

(فـرع) لو كتب إليه : وكلتك فى بيع كذا من مالى أو إعتاق عبدى فان قلنا : الوكالة لا تفتقر إلى القبول فهو ككتب الطلاق وإلا فكالبيع ونحوه . والمذهب الصحة ، والله أعلم •

(فـرع) قال الغزالى فى الفتاوى : إذا صححنا البيع بالمكاتبة فكتب إليه فقبل المكتوب إليه ثبت له خيار المجلس ما دام فى مجلس القبول • قال : ويتمادى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه ، ولم ينعقد البيع • والله أعلم •

(المسألة الرابعة) لو قال الطالب : بعنى فقال : بعتك إن قال بعده : اشتريت أو قبلت انعقد البيع بلا خلاف ، وإن لم يقبل بعده بل اقتصر على قوله أولا : بعنى فطريقان ، حكاهما إمام الحرمين وآخرون (أحدهما) القطع بالصحة ، وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين كما ذكره المصنف (والثانى) فيه وجهان ، وقيل قولان (أحدهما) الصحة (والثانى) البطلان • قال إمام الحرمين وغيره : نص الشافعى أن البيع لا ينعقد ، ونص مثله فى النكاح أنه ينعقد : فقيل قولان فيهما بالنقل والتخريج (أصحهما) الصحة فيهما (والثانى) البطلان فيهما وهو مذهب أبى حنيفة ، وقيل بالفرق على ظاهر النصين • لأن البيع قد يقع بغتة فيكون قوله : بعنى على سبيل الاستفهام بحذف الهمزة بخلاف النكاح ، فانه لا يقع فى الغالب إلا بعد طلب ومراودة ، فلا يراد به الاستفهام والمذهب الصحة فيهما والله أعلم •

ولو قال : اشتر منى ، فقال المشترى : اشتريت فطريقان (أصحهما) وبه قطع البغوى أنه كالصورة السابقة (والثانى) لا ينعقد قطعا ، أما إذا قال المشترى : أتبيعنى عبدك بكذا ؟ أو قال : بعتنى بكذا ، فقال : بعت - لا ينعقد البيع بلا خلاف ، إلا أن يقول بعده : اشتريت ، وكذا لو قال البائع : أتشترى دارى ؟ أو اشتريت منى ؟ فقال : اشتريت لا ينعقد بلا خلاف حتى يقول بعده بعت ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : يشترط لصحة البيع ونحوه أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، وأن لا يتخللهما أجنبى عن العقد ، فان طال أو تخلل لم ينعقد ، سواء تفرقا من المجلس أم لا ، قال أصحابنا : ولا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل ، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول ، ولو تخللت كلمة أجنبية بطل العقد ، ولو مات المشترى بعد الإيجاب وقبل القبول ووارثه حاضر فقبل (فوجهان) الصحيح لا يصح البيع ، لعدم الإيجاب والقبول من المتعاقدين (والثانى) الصحة ، وبه قال الدرامى ، لأن الوارث كالميت، ولهذا يقوم مقامه فى خيار المجلس على الصحيح المنصوص ، والله أعلم •

(فرع) إذا وجد أحد شقى العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر • واشترط أيضا بقاؤهما على أهلية العقد ، فلو رجع عنه قبل وجود الشق الآخر أو مات أو جن أو أغمى عليه بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعده لم يصح ، وكذا لو أذنت المرأة فى عقد نكاحها حيث يشترط إذنها ، ثم أغمى عليها قبل العقد بطل إذنها ، ولو قال المشترى : بعتك ، فمات المشترى قبل القبول بطل العقد ، فلو كان وارثه حاضرا فقبل أو جن فقبل وليه لم يصح البيع ، وهذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق ، وحكى الرويانى وجها أنه يصح قبول الوارث ، وهذا شاذ باطل ، وسنوضح الفرق بينه وبين انتقال خيار الشرط وخيار المجلس إلى الوارث فى مسائل الخيار إن شاء الله تعالى •

(فــرع) قال أصحابنا : يشترط موافقة القبول الإيجاب فلو قال : بعتك بألف صحاح ، فقال : قبلت بألف قراضة أو عكسه ، أو قال : بألف حال فقبل بمؤجل أو عكسه . أو قال : بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين أو نصف شهر . أو قال : بعتكه بألف درهم فقبل بألف دينار او عكسه ، أو قال بعتكه بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح بلا خلاف . لأنه لا يعد قبولا . ولو قال : بعتك هذا بألف . فقال : قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة ، قال المتولى يصح العقد ، لأنه تصريح بمقتضى الاطلاق ، وقال الرافعي : فيه نظر وهو كما قال الرافعي ، لكن الظاهر الصحة ، وفى فتاوى القفال أنه لو قال : بعتكه بألف درهم ، فقال اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع ، قال الرافعي : هذا غريب ، وهو كما قال ، والظاهر هنا فساد العقد لعدم الموافقة .

(فــرع) إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع : بعتَ بكذا ؟ فقال : نعم أو بعتُ ، وقال للمشترى : اشتريت بكذا ؟ فقال : نعم ، أو اشتريت . فوجهان حكاهما الرافعي (أصحهما) عند الرافعي وغيره الانعقاد لوجود الصيغة والتراضى (والثانى) لا ينعقد لعدم تخاطبهما وبهذا قطع المتولى .

(فــرع) إذا قال بعتك بألف، فقال : قبلت فقط صح البيع بلا خلاف، بخلاف النكاح ، فان الصحيح أنه يشترط أن يقول : قبلت نكاحها أو تزويجها ، والفرق الاحتياط للإبضاع .

(فــرع) لو قال : بعتك هذا بألف إن شئتَ ، فقال : شئتُ ، لم يصح البيع بلا خلاف ، وصرح به المتولى وغيره ، قالوا : لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك ، وإن قال : قبلت فوجهان حكاهما المتولى وغيره (أحدهما) لا يصح ، لأن الصيغة صيغة تعليق ولا مدخل له فى المعاوضات ، فصار كقوله : بعتك إن دخلت الدار (وأصحهما) الصحة لأنه تصريح

بمقتضى الحال ، فان القبول إلى مشيئة القابل ، وبهذا فارق سائر ألفاظ التعليق ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) إذا باع مال نفسه لولده أو مال ولده لنفسه ، فهل يفتقر إلى صيغتى الإيجاب والقبول ؟ أم يكفى أحدهما ؟ فيه وجهان مشهوران (الأصح) يفتقر فيقول بعت مال ولدى بكذا واشتريته له أو قبلته له لتنتظم صورة البيع (والثانى) يكفى أحدهما ، لأنه لما قام الوالد فى صحة العقد مقام اثنين قام لفظه مقام لفظين ، والله أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة وبالكتابة ، بلا خلاف للضرورة ، قال أصحابنا : ويصح بهما جميع عقوده وفسوخه ، كالطلاق والعتاق والنكاح والظهار والرجعة والإبراء والهبة وسائر العقود والفسوخ ونحوها ، بل قالوا : إشارته المفهومة كعبارة الناطق إلا فى صورتين فيهما خلاف ، وهما شهادته وإشارته بالكلام فى صلاته : والأصح أنه لا تصح شهادته ، ولا تبطل صلاته ، لأن الشهادة يحتاط لها . والصلاة لا تبطل إلا بكلام حقيقى ، وهذا مما يسأل عنه فيقال : إنسان باع وهو يصلى فيصح بيعه ولم تبطل صلاته ، وهذه صورته ، ويتصور أيضا فيمن باع فيها بالكلام ناسيا للصلاة ولم يطل ، فانه يصح بيعه ولا تبطل صلاته ، والله أعلم .

(فـرع) قال المتولى والأصحاب : تقديم المساومة على البيع ليس بشرط لصحته ، بل لو لقى رجلا فى طريقه فقال : بعتك هذا بألف ، فقال : قبلت أو اشتريت ، صح البيع بلا خلاف ، لأن اللفظ صريح فى حكمه ، فلا يتوقف على قرينة ولا سابقة .

(فـرع) قال أصحابنا : جميع ما سبق من صيغتى الإيجاب والقبول هو فيما ليس بضمنى من البيوع ، فأما البيع الضمنى فيما إذا قال : أعتق

عبدك عنى على ألف ، فلا تشترط فيه الصيغ التى قدمناها ، بل يكفى فيه الالتماس والإعتاق عنه بلا خلاف ، كما ذكره المصنف والأصحاب فى كتاب كفارة الظهار ، والله تعالى أعلم .

(فــرع) قال أصحابنا : ينعقد البيع والإجارة ونحوهما من عقود المعاملات بالعجمية وسائر اللغات ، سواء أحسن العربية أم لا ، وهــذا لا خلاف فيه ، وفرق المتولى والأصحاب بينه وبين النكاح على قولنا : لا ينعقد بالعجمية ، بأن فى النــكاح معنى التعبد ، ولهــذا اختص بلفظ التزويج والإنكاح ، فأشبه ألفاظ الأذكار فى الصلاة ، والله تعالى أعلم .

(فــرع) يشترط فى صحة البيع أن يذكر الثمن فى حال العقد فيقول: بعتكه بكذا ، فأن قال : بعتك هذا واقتصر على هــذا فقال المخاطب : اشتريت أو قبلت ، لم يكن هذا بيعا بلا خلاف ، ولا يحصل به الملك للقابل على المذهب وبه قطع الجمهور ، وقيل : فيه وجهــان (أصحهما) هــذا (والثانى) يكون هبة ، وإذا قلنا بالمذهب : إنه لا يكون تمليكا فقبضــه القابل كان مضمونا عليه على المذهب ، وقيل : فيه وجهان كالهبة الفاسدة ، فان فى المقبوض بها وجهين (أحدهمــا) أنه مضمون (وأصحهما) لا ، والصحيح هنا الضمان قطعا .

(فــرع) قال المتولى : لو قال : وهبت لك هذا بألف ، أو هذا لك هبة بألف فقبل ، هل ينعقد هذا العقد ؟ هذا فيه خلاف مبنى على قاعدة ، وهى أن الاعتبار فى العقود بظواهرها ؟ أم بمعانيها ؟ وفيه وجهان (أحدهما) الاعتبار بظواهرها ، لأن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعانى وتفهيم المراد منها عند إطلاقها ، فلا تترك ظواهرها ، ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق وأراد به الظهار أو عكسه تعلق باللفظ دون المنوى ، ولأن اعتبار المعنى يؤدى إلى ترك اللفظ ، ولأنا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت

له فى اللغة فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له ، فكذا ألفاظ العقود ، ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد ، ففسادها بتغير مقتضاها أولى .

(والوجه الثانى) أن الاعتبار بمعانيها لأن الأصل فى الأمر الوجوب ، فإذا تعذر حمله عليه حملناه على الاستحباب ، وأصل النهى التحريم ، فاذا تعذر حمله عليه حملناه على كراهة التنزيه ، وكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه ، ولأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله ، ولهذا لو باعه بعشرة دراهم وفى البلد نقود ، أحدها غالب ، حملناه على الغالب ، طلبا للصحة ، قال المتولى : ويتفرع على هذه القاعدة مسائل :

(منها) المسألة الأولى ، وهى إذا قال : وهبته لك بألف ، فان اعتبرنا المعنى انعقد بيعا ، وإن اعتبرنا اللفظ فسد العقد ، فاذا حصل المال فى يده كان مقبوضا بحكم عقد فاسد .

(ومنها) لو قال : بعتكه ولم يذكر ثمنا ، فان اعتبرنا المعنى انعقد هبة وإلا فبيع فاسد .

(ومنها) لو قال : أسلمت هذا الدينار أو دينارا فى هذا الثوب فان اعتبرنا المعنى انعقد بيع عين وإلا فهو سلم فاسد ، والله أعلم .

(فرع) إذا كان العقد بين بائع ووكيل المشترى فليقل البائع له : بعتك ويقول الوكيل : اشتريت ، وينوى موكله فيقع العقد للموكل ، وإن لم يسمه . فلو قال البائع : بعت موكلك فلانا ، فقال الوكيل : اشتريت له ، لم يصح العقد على المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه ضعيف أنه يقع العقد للوكيل ، والصواب الأول ، لأنه لم يجر بينهما تعاقد قال أصحابنا : وهذا بخلاف النكاح فإن الولى يقول لوكيل الزوج : زوجت

بنتى فلانا يعنى الزوج ويقول الوكيل : قبلت نكاحها له ، فلو لم يقل له ففيه الخلاف المشهور فيما إذا قال الزوج : قبلت ولم يقل : نكاحها (الأصح) لا يصح ، فلو قال الولى للوكيل : زوجتك بنتى لك • فقال : قبلت نكاحها لفلان ، لم ينعقد ، وإن قال : قبلت نكاحها ، وقع العقد للوكيل : ولم ينصرف إلى الموكل ، ولو جرى النكاح بين وكيلين ، فقال وكيل الولى : زوجت فلانة فلانا ، فقال وكيل الزوج : قبلت نكاحها لفلان صح •

وفرق الأصحاب بين البيع والنكاح بوجهين (أحدهما) أن الزوجين كالثمن والمثمن ولابد من تسميتهما (والثانى) أن البيع يرد على المال ، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص ، والنكاح يرد على البضع ، وهو لا يقبل النقل ، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالته فأنكرها زيد ، لم يصح العقد له ، ولو اشترى لزيد بوكالة فأنكرها ، صح الشراء للوكيل قال صاحب البيان فى باب الوكالة : ولو وكله أن يزوج بنته زيدا فزوجها وكيل زيد لزيد صح ولو وكله فى بيع عبده لزيد فباعه وكيل زيد لزيد لم يصح ؛ والفرق بينهما أن النكاح لا يقبل الملك ، والبيع يقبله ، ولهذا يقول وكيل النكاح للولى : زوج موكلى ، ولا يقول : زوجنى لموكلى ، ويقول فى البيع : بعنى لموكلى ، ولا يقول : بع موكلى ، والله أعلم •

قال أصحابنا : وفى الهبة يشترط فى قبول وكيل المتهب أن يسمى موكله فى القبول فيقول : قبلت لفلان أو لموكلى فلان ، فان لم يسمه وقع للمخاطب لجريان العقد معه ، ولا ينصرف إلى الموكل بالنية ، لأن الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب • وليس كل أحد يسمح عليه بالتبرع بخلاف البيع ، فان مقصوده حصول العوض والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : فى بيع الهازل وشرائه وجهان (أصحهما) ينعقد كالطلاق وغيره (والثانى) لا ، لأن الطلاق يقبل الإعذار قال القاضى

حسين : وهما مبنيان على مسألة السر والعلانية فى الصداق . وهى إذا تواطآ فى السر على أن المهر ألف ، ثم عقداه فى العلانية بألفين فقولان ، هل المهر مهر السر أو العلانية ؟ (فإن قلنا :) بالسر لم ينعقد بيع الهازل ، لأنه لم يقصد بيعا وإلا فينعقد عملا باللفظ ، ولا مبالاة بالقصد . والله أعلم .

هكذا ذكر الجمهور الخلاف فى بيع الهازل وجهين وقال الجرجانى : هما قولان قال وقيل : وجهان والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخايرا لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر » والتفرق أن يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه لما روى نافع « أن ابن عمر رضى الله عنهما كان إذا اشترى شيئا مشى أذرعا ليجب البيع ثم يرجع » ولأن التفرق فى الشرع مطلق ، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود ، وذلك يحصل بما ذكرناه وإن لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره لم يسقط الخيار لأن ذلك لا يسمى تفرقا . وأما التخاير فهو أن يقول أحدهما للآخر : اختر إمضاء البيع أو فسخه ، فيقول الآخر : اخترت إمضاءه أو فسخه فينقطع الخيار لقوله عليه السلام : « أو يقول أحدهما للآخر اختر » فإن خير أحدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسئول وهل ينقطع خيار السائل؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته : اختارى فسكتت فإن خيار الزوج فى طلاقها لا يسقط (والثانى) أنه ينقطع لقوله عليه السلام : « أو يقول أحدهما للآخر اختر » فدل على أنه إذا قال يسقط خياره ويخالف تخيير المرأة فإن المرأة لم تكن مالكة للخيار ، وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه فإذا سكتت بقى على حقه ، وههنا المشترى يملك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار .

فإن أكرها على التفرق ففيه وجهان (أحدهما) يبطل الخيار لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير ، فإذا لم يفعل فقد رضى بإسقاط الخيار (والثانى) أنه

لا ببطل لانه لم يوجد منه اكثر من السكوت ، والسكوت لا يسقط الخيار[1] . فإن باعه على ان لا خيار له ففيه وجهان (من) أصحابنا من قال : يصح ، لأن الخيار جعل رفقا بهما ، فجاز لهما تركه ، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه، وقال ابو إسحق : لا يصح وهو الصحيح لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع (فإن قلنا) بهذا فهل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يبطل ، لأن هذا الشرط لا يؤدى إلى الجهل بالعوض والمعوض (والثانى) يبطل لأنه يسقط موجب العقد فأبطله ، كما لو شرط أن لا يسلم المبيع) .

(**الشرح**) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم بلفظه ، وأما الأثر المذكور عن ابن عمر أنه كان يمشي أذرعا فهو فى الصحيحين بغير هــذا اللفظ ، لفظ البخارى : « فارق صاحبه » ولفظ مسلم : « قام فمشى هنيهة ثم رجع » ولفظ الترمذى قال نافع : « فكان ابن عمر إذا ابتاع بيعا وهو قاعد قام ليجب له البيع » وقوله ـ : « أو يقول » هكذا هو فى الصحيحين وفى المهذب أو يقول وهو منصوب اللام وأو هنـــا ناصبة بتقدير إلا أن يقول أو إلى أن يقول ، ولو كان معطوفا على « ما » لكان مجزوما ، ولقال . أو ليقل (وقوله) ليجب البيع معناه ليلزم (قوله) وههنا المشترى يملك الفسخ ، كان الأجود للقابل بدل المشترى ، لأن القابل قد يكون البائع ، وقد يكون المشترى (وقوله) لأنه خيار ثبت بعد تمام البيع ، قال القلعى : قيل : هو احتراز عن خيار القبول فى البيع ، قال : والظاهر أنه لا احتراز فيه ، وإنما ذكره لبيان معنى العلة .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الخيار ضربان : خيـــار نقص وهو ما يتعلق بفوات شيء مظنون الحصول وخيار شهوة وهو ما لا يتعلق بفوات شيء . فالأول له باب مستقل . وهو الذى سماه المصنف بعد هذا (باب بيع المصراة والرد بالعيب) وأما الثانى فله سببان المجلس والشرط . فيقال :

---

(1) فى نسخة الركبى هنا : فصل ، فإن باعه .

خيار المجلس وخيار الشرط ، وإذا صححنا بيع الغائب أثبتنا فيه خيار الرؤية ، فتصير الأسباب ثلاثة ، ثم فى الفصل مسائل :

(إحداها) فيما ثبت فيه خيار المجلس من العقود ، وقد جمعها أصحابنا هنا ، وأعادوها فى أبوابها مفرقة ، واقتصر المصنف على ذكرها فى أبوابها مفرقة ، والمختار طريقة الجمهور فنسلكها ، قال أصحابنا : العقود ضربان :

(أحدهما) العقود الجائزة إما من الطرفين كالشركة والوكالة والوديعة والعارية والدين والقراض والجعالة ، وإما من أحدهما كالضمان والرهن والكتابة ، فلا خيار فيها كلها ، لأنه متمكن من الفسخ متى شاء ، وفى وجه ضعيف يثبت الخيار فى الكتابة والضمان وهو ضعيف ، وممن حكاه فى خيار المجلس وخيار الشرط الدارمى وهو شاذ • قال أصحابنا : وقد يتطرق الفسخ بسبب آخر إلى الرهن إن كان مشروطا فى بيع وأقبضه قبل التفرق ، فيمكن فسخ الرهن بأن يفسخ البيع فيفسخ الرهن تبعا •

(الضرب الثانى) العقود اللازمة ، وهى نوعان ، واردة على العين ، وواردة على المنفعة والأول كالبيع والصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة فيثبت فيها كلها خيار المجلس ، ويستثنى منها صور (إحداها) إذا باع ماله لولده ، أو مال ولده لنفسه ، ففى ثبوت خيار المجلس وجهان (أصحهما) ثبوته فعلى هذا يثبت خيار للولد وخيار للأب ، ويكون الأب نائب الولد ، فان ألزم البيع لنفسه وللولد لزم ، وإن ألزم لنفسه بقى الخيار للولد ، فاذا فارق المجلس لزم العقد على الأصح من الوجهين (والثانى) لا يلزم إلا بالإلزام لأنه لا يفارق نفسه ، وإن فارق المجلس ، وذكر الماوردى أن الوجه الأول قول أبى إسحق المروزى ، قال : والثانى قول جمهور أصحابنا • قال : فعلى الثانى لا ينقطع الخيار إلا بأن يختار الأب لنفسه وللولد ، فان لم يختر ثبت الخيار للولد

إذا بلغ والمذهب الأول . قال البغوى : ولو كان العقـد بينه وبين ولده صرفا ففارق المجلس قبل القبض ؛ بطل العقد على الوجه الأول ، ولا يبطل على الثانى إلا بالتخاير .

(الثانية) لو اشترى من يعتق عليـه كولده ووالده ، قال جمهور الأصحاب : ينبى خيار المجلس على أقوال الملك فى زمن الخيار (فان قلنا) هو للبائع فلهما الخيار ، ولا يحكم بالعتق حتى يمضى زمن الخيار (وإن قلنا) موقوف فلهما الخيار ، فاذا أمضيا العقد تبينا أنه عتق بالشراء . فإن قلنا : الملك للمشترى فلا خيار له ، ويثبت للبـائع ، وفى عتقه وجهـان (أصحهما) لا يعتق حتى يمضى زمن الخيار ، ثم حكم بعتقـه من يوم الشراء (والثانى) يحكم بعتقه حين الشرى ، وعلى هذا هل ينقطع خيار البائع ؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أعتق المشترى العبد الأجنبى فى زمن الخيار ـ وقلنا : الملك له . قال البغوى : ويحتمل أن يحكم بثبوت الخيار للمشترى أيضا ، تفريعا على أن الملك له ، وأن لا يعتق العبد فى الحال لأنه لم يوجد منه الرضا إلا بأصل العقد ، هذه طريقة الجمهور ؛ وهى المذهب .

وقال إمام الحرمين : المذهب أنه لا خيار ، وقال الأودنى : يثبت وتابع الغزالى إمامه على ما اختاره ، قال الرافعى : واختيارهما شـاذ ، والصحيح ما سبق عن الأصحاب وحكى القاضى حسين فى بيع الأعطية عن الأودنى أنه يثبت الخيار ، قال : وعليه حمل قولهﷺ فى الحديث الصحيح : « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » قال : وصورته إذا كان الخيار للمشترى ، وقلنا : الملك للبائع وأعتقه صح ، قال : ولو قلنا : الملك للمشترى صح العقد ولم يتصور إعتاقه ، لأنه صار بمجرد الشراء حرا .

(الثالثة) الصحيح المنصوص أن شراء العبد نفسه من سيده جائز ؛ وفيه قول ضعيف أو وجه أنه لا يصح ؛ وقد ذكر المصنف المسألة فى أول

كتاب الإقرار ، وذكر فيها طريقين ، المذهب والمنصوص صحته (والثانى) على قولين ، فاذا قلنا بالصحة ففى ثبوت خيار المجلس وجهان حكاهما أبو الحسن العبادى والقاضى حسين ، ومالا إلى ترجيح ثبوته ، وقطع الغزالى والمتولى بترجيح ثبوته ، وهو الأصح ، لأن مقصوده العتق فأشبه الكتابة .

(الرابعة) فى ثبوت الخيار فى شرى الجمد فى شدة الحر وجهان حكاهما المتولى والرويانى وآخرون ، لأنه يتلف بمضى الزمان (والأصح) ثبوته .

(الخامسة) إن صححنا بيع الغائب ولم يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية ، فهذا المبيع من صور الاستثناء .

(السادسة) إن باع بشرط نفى خيار المجلس فثلاثة أوجه ، سنذكرها مبسوطة قريبا إن شاء الله تعالى (أحدها) يصح البيع والشرط ، فعلى هذا تكون هذه الصورة مستثناة ، هذا حكم البيع بأنواعه والله أعلم .

ولا يثبت خيار المجلس فى صلح الحطيطة ، ولا فى الابراء ، ولا فى الإقالة (إن قلنا) إنها فسخ (وإن قلنا) هى بيع ففيها الخيار ولا يثبت فى الحوالة إن قلنا : إنها ليست معاوضة (وإن قلنا) معاوضة لم يثبت أيضا على أصح الوجهين ، لأنها ليست على قاعدة المعاوضات ، ولا يثبت فى الشفعة للمشترى ، وفى ثبوته للشفيع وجهان مشهوران (أصحهما) لا يثبت ، وممن صححه المصنف فى التنبيه ، والفارقى والرافعى فى المحرر . وقطع به البغوى فى كتابيه التهذيب وشرح مختصر المزنى ، وهو الراجح فى الدليل أيضا ، فان أثبتناه فقيل : معناه أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام فى المجلس مع تفريعنا على قولنا : الشفعة على الفور (قال) إمام الحرمين : هذا الوجه غلط ، بل الصحيح أنه على الفور ، ثم له الخيار فى

نقض الملك ورده ما دام فى المجلس ؛ وهذا هو الصواب ؛ وهى حقيقة خيار المجلس .

(وأما) من اختار عين ماله لإفلاس المشترى فلا خيار له ، وفيه وجه أنه يثبت له الخيار ما دام فى المجلس ؛ والصحيح الأول ، ولا خيار فى الوقف والعتق والتدبير والطلاق والرجعة وفسخ النكاح وغيره والوصية ، ولا فى الهبة إن لم يكن ثواب ، فان كان ثواب ، فان كان ثواب مشروط أو قلنا نقيصته الإطلاق فلا خيار أيضا على أصح الوجهين لأنها لا تسمى بيعا ؛ والحديث ورد فى المتبايعين (قال) المتولى وغيره : موضع الوجهين من الهبة بعد القبض ، أما قبله فلا خيار قطعا (وأما) إذا رجع البائع فى المبيع لفلس المشترى فالأصح أنه لا خيار له ، وحكى الدارمى فيه قولين عن حكاية ابن القطان ، ويثبت الخيار فى القسمة إن كان فيها رد ، وإلا فان جرت بالإجبار فلا رد ، وإن جرت بالتراضى (فان قلنا) إنها إقرار فلا خيار (وإن قلنا) بيع فلا خيار أيضا على أصح الوجهين ، هكذا ذكرهما الأصحاب (وقال) المتولى : إن كانت قسمة إجبار وقلنا : هى بيع فلا خيار للمجبر وفى الطالب وجهان كالشفيع .

(النوع الثانى) العقد الوارد على المنفعة ، فمنه النكاح ولا خيار فيه بلا خلاف ، ولا خيار فى الصداق على أصح الوجهين ، فان أثبتناه ففسخت وجب مهر المثل ، وعلى هذين الوجهين يكون ثبوت خيار المجلس فى عوض الخلع ، والأصح أيضا أنه لا يثبت فيه ، ولا تندفع الفرقة بحال ، ومنه الإجارة ، وفى ثبوت خيار المجلس فيها وجهان (أصحهما) عند المصنف وشيخه أبى القاسم الكرخى ـ بالخاء ـ يثبت وبه قال الإصطخرى وابن القاص (وأصحهما) عند إمام الحرمين والبغوى والجمهور لا يثبت ، وبه قال أبو على بن خيران وأبو إسحق المروزى .

قال القفال وطائفة : الخلاف فى إجارة العين (أما). الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعا كالسلم ؛ فان أثبتنا الخيار فى إجارة العين ففى ابتداء

مدتها وجهان (أحدهما) من وقت انقضاء الخيار بالتفرق ، فعلى هذا لو أراد المؤجر أن يؤجره لغيره فى مدة الخيار (قال) الإمام : لم يجوزه أحد فيما أظن ، وإن كان محتملا فى القياس (وأصحهما) أنه يحسب من وقت العقد • فعلى هذا فعلى من تحسب مدة الخيار ؟ إن كان قبل تسليم العين إلى المستأجر فهى محسوبة على المؤجر ، وإن كان بعده (فوجهان) بناء على أن المبيع إذا هلك فى يد المشترى فى زمن الخيار على ضمان من يكون ؟ فيه وجهان (الأصح) من ضمان المشترى فعلى هذا تحسب على المستأجر • وعليه تمام الأجرة (والثانى) من ضمان البائع ، فعلى هذا تحسب على المؤجر ، ويحط من الأجرة قدر ما يقابل تلك المدة •

(وأما) المساقاة ففى ثبوت خيار المجلس فيها طريقان ، أصحهما فيه الخلاف السابق فى الإجارة (والثانى) القطع بالمنع لعظم الغرر فيها ، فلا يضم إليه غرر الخيار (وأما المسابقة) فكالاجارة إن قلنا : إنها لازمة ، وكالعقود الجائزة إن قلنا : إنها جائزة ، والله تعالى أعلم •

(المسألة الثانية) لو تبايعا بشرط نفى خيار المجلس ، ففيه ثلاثة أوجه ، ذكرها المصنف بأدلتها وهى مشهورة ، وذكرها القاضى حسين أقوالا (أصحها) أن البيع باطل ، وهو المنصوص فى البويطى والقديم (والثانى) أنه صحيح ولا خيار (والثالث) صحيح والخيار ثابت ، ولو شرطا نفى خيار الرؤية على قولنا يصح بيع الغائب ، فالمذهب القطع ببطلان البيع ، وبه قطع الأكثرون ، وطرد الإمام والغزالى فيه الخلاف ، وهذا الخلاف يشبه الخلاف فى شرط البراءة من العيوب ، ويتفرع على نفى خيار المجلس ما إذا قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ، ثم باعه بشرط نفى الخيار (فان قلنا) البيع باطل أو صحيح ولا خيار لم يعتق (وإن قلنا) صحيح والخيار ثابت عتق ، لأن عتق البائع فى مدة الخيار نافذ والله أعلم •

(المسألة الثالثة) فيما ينقطع به خيار المجلس . قال أصحابنا : كل عقد ثبت فيه هذا الخيار حصل انقطاع الخيار فيه بالتخاير ، ويحصل أيضا

بالتفرق بأبدانهما عن مجلس العقد (أما) التخاير فهو أن يقولا : تخايرنا أو اخترنا إمضاء العقد ، أو أمضيناه أو أجزناه أو ألزمناه وما أشبهها ، ولو قال أحدهما : اخترت إمضاءه انقطع خياره ، وبقى خيار الآخر ، كما إذا أسقط أحدهما خيار الشرط ، وفيه وجه شاذ أنه لا يبقى للآخر خيار أيضا ، لأن هذا الخيار لا يتبعض ثبوته ، ولا يتبعض سقوطه ، حكاه المتولى وغيره وهو فاسد ، وفيه وجه ثالث حكاه القاضى حسين وإمام الحرمين أنه لا يبطل خيار القائل ولا صاحبه لأن شأن الخيار أن يثبت بهما أو يسقط فى حقهما ، ولا يمكن حق الساكت فينبغى أن لا يسقط حق القائل أيضا وهذا الوجه شاذ فاسد ، فحصل ثلاثة أوجه (الصحيح) سقوط خيار القائل فقط (والثانى) يسقط خيارهما (والثالث) يبقى خيارهما .

(أما) إذا قال أحدهما للآخر : اختر أو خيرتك ، فقال الآخر : اخترت فانه ينقطع خيارهما بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، وإن سكت الآخر لم ينقطع خيار الساكت بلا خلاف لما ذكره المصنف وفى خيار القائل وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) لا يسقط خياره قال الرويانى : هو قول القفال (وأصحهما) باتفاق الأصحاب : يسقط ، وممن صرح بتصحيحه صاحب الشامل والبغوى والمتولى والرويانى والرافعى وآخرون .

قال أصحابنا : ولو اختار واحد وفسخ الآخر حكم بالفسخ ، لأنه مقصود الخيار ، ولو قالا : أبطلنا الخيار ، أو قالا : أفسدنا (فوجهان) حكاهما إمام الحرمين عن حكاية والده أبى محمد (أحدهما) لا يبطل الخيار ، لأن الإبطال يشعر بمناقضة الصحة ومنافاة الشرع ، وليس كالإجارة ، فانها تصرف فى الخيار (والثانى) يبطل الخيار ، وهو الأصح (قال) الإمام : الوجه الأول ضعيف جدا ، ولكن رمز إليه شيخى ، وذكره الصيدلانى (أما) إذا تقابضا فى المجلس وتبايعا العوضين بيعا

ثانيا ، فيصح البيع الثانى أيضـا على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأنه رضاء بلزوم الأول ، وقيل : فيه خلاف مبنى على أن الخيار هل يمنع انتقال الملك إلى المشترى أم لا ؟ (فان قلنا) يمنع لم يصح ، وإلا فسخ والصواب الأول ، ولو تقابضا فى الصرف ثم أجازا فى المجلس لزم العقد ، فان اختاراه قبل التقابض فوجهان (أحدهما) تلغو الإجازة فيبقى الخيار (وأصحهما) يلزم العقد ، وعليهما التقابض ، فان تفرقا قبل التقـابض انفسخ العقد ولا يأثمان إن تفرقا عن تراض ، وإن انفرد أحدهما بالمفارقة أثم هو وحده ، وفيه وجه ثالث أنه يبطل العقد بالتخاير قبل القبض ، لأن التخاير كالتفرق ، ولو تفرقا قبل القبض فى الصرف بطل العقد ، وسنوضح المسألة إن شاء الله تعـالى مبسـوطة فى باب الربا حيث ذكرها المصنف والله أعلم .

وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبدانهما ، فلو أقاما فى ذلك المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر ، أو قاما أو تماشيا مراحل ، فهما على خيارهما ، هذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه ضعيف حكاه القـاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وآخرون من الخراسانيين أنه لا يزيد على ثلاثة أيام ، لئلا يزيد على خيار الشرط ، وفيه وجه ثالث أنهما لو شرعا فى أمر آخر وأعرضا عما يتعلق بالعقد فطال الفصل انقطع الخيـار ، حكاه الرافعى ، والمذهب الأول ، قال أصحابنا : والرجوع فى التفرق إلى العادة ، فما عده الناس تفرقا فهو تفرق ملتزم للعقد ، ومالا فلا ، قال أصحابنا : فاذا كانا فى دار صغيرة فالتفرق أن يخرج أحدهما منها أو يصعد السطح ، وكذا لو كانا فى مسجد صغير أو سفينة صغيرة فان كانت الدار كبيرة حصل التفرق بأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصحن أو من الصحن إلى بيت أو صفة .

وإن كانا فى سوق أو صحراء أو سـاحة أو بيعة فاذا ولى أحدهما ظهره ومشى قليلا حصل التفرق على الصحيح من الوجهين (والثانى) قاله

الإصطخرى بشرط أن يبعد عن صاحبه . بحيث لو كلمه على العـادة من غير رفع الصوت لم يسمع كلامه . وبهذا قطع المصنف وشيخه القـاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وصححه أبو الطيب فى المجرد ، والمذهب الأول ، وبه قطع الجمهور ونقله المتولى والرويانى عن جميع الأصحاب سـوى الإصطخرى . واحتجوا له بما رواه المصنف عن ابن عمر وهو صحيح كما سبق . ودلالته للجمهور ظاهرة وحكى القاضى أبو الطيب والرويانى وجها أنه يكفى أن يوليه ظهره . ونقله الرويانى عن ظاهر النص لكنه مؤول ، والمذهب الأول والله أعلم .

قال أصحابنا : فلو لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حائل من ستر أو نحوه . أو شق بينهما نهر لم يحصل التفرق بلا خلاف ، وإن بنى بينهما جدار فوجهان حكاهمـا القاضى حسين والبغـوى والرافعى وآخرون (أصحهما) لا يحصل التفرق كما لو جعل بينهما ستر ، ولأنهما لم يتفرقا . وممن صححه البغوى والرافعى وظاهر كلام المصنف القطع به ، لأنه قال : لو جعل بينهما حاجز من ستر وغيره لم يسقط الخيار (والثانى) يسقط . وبه قطع المتولى . وادعى أنه يسمى تفرقا ، وليس كما قال (وقال) الرويانى إن جعل بينهما حائط أو غيره لم يحصل التفرق . لأنهما لم يفترقا ، ولأنهما لو غمضا أعينهما لم يحصل التفرق ، وقال والدى : إن جعل الحائط بينهما بأمرهما فوجهان (الصحيح) لا يحصل التفرق قال : وقيل إن أرخى ستر لم يحصل ، وإن بنى حائط حصل . وليس بشىء ، قال أصحابنا وصحن الدار والبيت الواحد إذا تفاحش اتساعهما كالصحراء فيحصل التفرق فيه بما ذكرناه ، والله أعلم .

(فـرع) لو تناديا وهما متباعدان وتبايعـا صح البيع بلا خلاف (وأما) الخيار فقال إمام الحرمين : يحتمل أن يقال : لا خيار لهما لأن التفرق الطارىء يقطع الخيار فالمقارن يمنع ثبوته قال : ويحتمل أن يقال : يثبت ما داما فى موضعهما فإذا فارق أحدهما موضعه بطل خيـاره وهل

يبطل خيار الآخر ؟ أم يدوم إلى أن يفارق مكانه ؟ فيه احتمالان للإمام ، وقطع المتولى بأن الخيار يثبت لهما ما داما فى موضعهما فإذا فارق أحدهما موضعه ووصل إلى موضع لو كان صاحبه معه فى الموضع عد تفرقا حصل التفرق وسقط الخيار ، هذا كلامه ، والأصح فى الجملة ثبوت الخيار وأنه يحصل التفرق بمفارقة أحدهما موضعه وينقطع بذلك خيارهما جميعا ، وسواء فى صورة المسألة كانا متباعدين فى صحراء أو ساحة أو كانا فى بيتين من دار ، أو فى صحن وصفة ، صرح به المتولى ، والله أعلم .

(فرع) إذا أكره أحد العاقدين على مفارقة المجلس فحمل مكرها حتى أخرج منه ، أو أكره حتى خرج بنفسه ، فان منع من الفسخ بأن سد فمه لم ينقطع خياره على المذهب ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وجمهور الأصحاب ، وهو مقتضى كلام الأصحاب وقيل : فى انقطاعه وجهان ، قاله القفال : وحكاه جماعات من الخراسانيين وصاحب البيان . قالوا : وهما مبنيان على الخلاف الذى سنذكره إن شاء الله تعالى فى انقطاع الخيار بالموت ، قالوا : وهنا أولى ببقائه لأن إبطال حقه قهرا بعيد أما إذا لم يمنع من الفسخ فطريقان (أحدهما) ينقطع وجها واحدا قاله القفال . وحكاه جماعات (والثانى) هو الصحيح وبه قطع المصنف والجمهور : فيه وجهان ؛ ذكر المصنف بدليلهما (أحدهما) ينقطع ؛ قاله أبو اسحق المروزى (والثانى) لا ينقطع ، وهو الصحيح باتفاقهم ، وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين وغيرهم ، وهو داخل فى القاعدة السابقة قريبا أن الإكراه يسقط أثر ذلك الشىء ويكون كأنه لم يوجد . فالحاصل أن المذهب أنه لا ينقطع الخيار سواء منع من الفسخ أم لا .

قال أصحابنا : (فان قلنا :) ينقطع خياره انقطع أيضا خيار الماكث فى المجلس ، لحصول التفرق ، وإلا فله التصرف فيه بالفسخ والاجازة إذا تمكن ، وهل خياره بعد التمكن على الفور ؟ أم يمتد امتداد مجلس التمكن ؟ فيه وجهان كالوجهين اللذين سنذكرهما إن شاء الله تعالى ، فيما

إذا مات ، وقلنا : يثبت الخيار لوارثه (فان قلنا :) لا يقيد بالفور ، وكان مستقرا حين زايلة الإكراه فى مجلس ، امتد الخيار امتداد ذلك المجلس ، وإن كان مارا فاذا فارق فى مروره مكان التمكن ـ انقطع خياره ، وليس عليه الرجوع إلى مجلس العقد ليجتمع هو والعاقد الآخر ، إن طال الزمان ، لأن المجلس قد انقطع حسا فلا معنى للعود إليه ، هكذا نقله الإمام وجزم به قال : فان قصر الزمان ففى تكليفه الرجوع احتمال والله أعلم .

وإذا قلنا : لا يبطل خيار المكره على المفارقة لم يبطل خيار الماكث أيضا إن منع الخروج معه ، فان لم يمنع فوجهان (أصحهما) يبطل ، هكذا ذكر الأصحاب المسألة ، ولم يفرقوا بين من حمل مكرها أو أكره على التفرق ، وقال المتولى والبغوى وطائفه : هذا التفصيل فيما إذا حمل مكرها ، فان أكره حتى تفرقا بأنفسهما ففى انقطاع الخيار قولان كحنث الناسى ، والله أعلم .

(فرع) لو هرب أحد العاقدين ولم يتبعه الآخر ، فقد أطلق الأكثرون أنه ينقطع خيارهما ، ممن أطلق ذلك وجزم به الفورانى والمتولى وصاحبا العدة والبيان وغيرهم ، وقال البغوى والرافعى : إن لم يتبعه الآخر مع التمكن بطل خيارهما ، وإن لم يتمكن بطل خيار الهارب دون الآخر ، والصحيح ما قدمناه عن الأكثرين ، لأنه متمكن من الفسخ بالقول ، ولأنه فارقه باختياره فأشبه إذا مشى على العادة ، بخلاف ما قدمناه فى المكره ، فانه لا فعل له بسبب الإكراه ، فكأنه لم يفارق ، والله تعالى أعلم . فلو هرب وتبعه الآخر ، قال المتولى : يدوم الخيار ما داما متقاربين، فان تباعدا بحيث يعد فرقة بطل اختيارهما ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : لو جاء المتعاقدان معا فقال أحدهما : تفرقنا بعد العقد فنلزمه ، وقال الثانى : لم نتفرق ، وأراد الفسخ ، فالقول قول الثانى مع يمينه ، لأن الأصل عدم التفرق ولو اتفقا على التفرق وقال أحدهما : فسخت قبله وأنكر الآخر (فوجهان) الصحيح أن القول قول

المنكر عملا بالأصل ، وبه قطع القاضي حسين وصححه الروياني والباقون (والثاني) قول مدعي الفسخ لأنه أعلم بتصرفه ، قال المتولي والروياني : وهذا محكي عن صاحب التقريب .

ولو اتفقا على عدم التفرق وادعى أحدهما الفسخ وأنكر الآخر ، فدعواه الفسخ فسخ ، ولو أراد الفسخ فقال الآخر : أنت أجزت [1] قبل هذا فأنكر الإجازة فالقول قول المنكر ، لأن الأصل عدمها والله أعلم . ولو قال أحدهما : فسخت قبل التفرق وقال الآخر : بعده ، قال الدارمي : قال ابن القطان : فيه خلاف مبني على الخلاف فيما إذا قال : راجعتك ، فقالت : بعد العدة ، قال : وحاصله أربعة أوجه (أحدها) يصدق البائع (والثاني) المشتري (والثالث) السابق بالدعوى (والرابع) يقبل قول من يدعي الفسخ في الوقت الذي فسخ فيه ، وقول الآخر في وقت التفرق ، والله أعلم .

(فرع) لو مات من له الخيار أو من لو أغمي عليه في المجلس ، لم يبطل خياره بل ينتقل إلى وارثه والناظر في أمره ، هذا هو المذهب . وفيه خلاف ذكره المصنف بعد خيار الشرط ، وسنوضحه بفروعه إن شاء الله تعالى . وإن خرس ، قال أصحابنا : إن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة فهو على خياره ، وإلا نصب الحاكم نائبا عنه يعمل ما فيه حظه من الفسخ والإجازة ، والله أعلم .

(أما) إذا ناما في المجلس فلا ينقطع خيارهما بلا خلاف ، صرح به المتولي وغيره لأن النوم لا يسمى تفرقا ، والله أعلم .

(فرع) يثبت خيار المجلس للوكيل دون الموكل باتفاق الأصحاب ، لأنه متعلق بالعاقد ، فلو مات الوكيل ، هل ينتقل الخيار إلى الموكل ؟ قال المتولي : فيه الخلاف الذي سنوضحه في المكاتب إن شاء الله تعالى إذا مات

---

(١) في ش و ق والاولى من الوحيدة (اخترت) . (ط)

هل ينتقل خياره إلى سيده ؟ (الأصح) الانتقال ، قال : ووجه الشبه أن الملك حصل بعقد الوكيل للموكل ، لا بطريق الإرث ، كما أنه حصل للسيد بحكم العقد لا بطريق الإرث هذا كلام المتولى ، وهو الأصح ، وفيه خلاف آخر سنذكره هناك إن شاء الله تعالى .

(فرع) قال القاضي حسين فى تعليقه : لو باع الكافر عبده المسلم يثبت له خيار المجلس والشرط ، فلو فسخ البيع فى مدة الخيار صح فسخه وأجبرناه على بيعه ثانيا ، ويثبت له الخيار والفسخ وهكذا أبدا .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى خيار المجلس .

مذهبنا ثبوته للمتعاقدين ، وبه قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، حكاه ابن المنذر عن ابن عمر وأبى برزة الأسلمى الصحابى ، وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء وشريح والحسن البصرى والشعبى والزهرى والأوزاعى وأحمد وإسحق وأبى ثور وأبى عبيد ، وبه قال سفيان بن عيينة وابن المبارك وعلى بن المدينى وسائر المحدثين ، وحكاه القاضي أبو الطيب عن على بن أبى طالب وابن عباس وأبى هريرة وابن أبى ذؤيب ، وقال مالك وأبو حنيفة : لا يثبت بل يلزم البيع بنفس الإيجاب والقبول ، وحكى هذا عن شريح والنخعى وربيعة واحتج لهم بقول الله تعالى : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[1] فظاهر الآية جوازه فى المجلس ، وبحديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال : « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه » فدل على أنه إذا جاز له بيعه ففى المجلس قبل التفرق .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » رواه أبو داود والترمذى وغيره بأسانيد صحيحة .

---

(١) الآية ٢٩ من سورة النساء .

وحسنة ، قال الترمذى : هو حديث حسن ، قالوا : وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة ، وقياسا على النكاح والخلع وغيرهما ، ولأنه خيار بمجهول فان مدة المجلس مجهولة فأشبه لو شرطا خيارا مجهولا •

واحتج أصحابنا والجمهور بحديث ابن عمر قال : « قال رسول الله ﷺ المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » رواه البخارى ومسلم وعن نافع قال سمعت ابن عمر يقول : «قال رسول الله ﷺ إذا تبايع المتبايعان وكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا أو يكون بيعهما عن خيار ، قال : وكان ابن عمر إذا تبايع البيع وأراد أن يجب ، مشى قليلا ، ثم رجع » رواه مسلم ، وعن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال : « إن المتبايعين بالخيار فى بيعهما ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع خيارا ، قال نافع : وكان ابن عمر إذا اشترى الشىء يعجبه فارق صاحبه » رواه البخارى ومسلم ، وعن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيــع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » رواه البخارى ومسلم وفى رواية « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر » رواه البخارى ومسلم •

وعن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال : « كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار» وعن حكيم بن حزام قال: قال رسول الله ﷺ: «البائعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى الوضىء ــ بكسر الضاد المعجمة وبالهمز ــ واسمه عباد بن نسيب بضم النون وفتح السين المهملة وإسكان الياء قال : « غزونا غزوة فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرسا

لغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحا من الغد حضر الرحيل فقام إلى فرسه يسرجه وندم ؛ وأتى الرجل وأخذه بالبيع ، فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب النبى ﷺ فأتيا أبا برزة فى ناحية العسكر فقالوا له القصة ، فقال أترضيان أن أقضى بينكما بقضاء رسول الله ﷺ؟ قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وفى رواية قال : « ما أراكما افترقتما » رواه أبو داود باسناد صحيح .

وعن جابر « أن النبى ﷺ خير أعرابيا بعد البيع » رواه الترمذى وقال[1] حديث صحيح وعن ابن عباس « أن النبى ﷺ بايع رجلا فلما بايعه قال : اختر ، ثم قال رسول الله ﷺ : هكذا البيع » رواه أبو داود الطيالسى ، ورواه البيهقى ، وفى المسألة أحاديث كثيرة من رواية أبى هريرة وجابر وسمرة وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وغيرهم ، وذكر البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة الجزم عن ابن عمر قال : « بعت أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادى بمال له بخيبر ، فلما تبايعنا رجعت على عقبى حتى خرجت من بيته خشية أن يرادنى فى البيع ، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا ، قال ابن عمر : فلما وجب بيعى وبيعه رأيت أنى قد غبنته بأنى سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال ، وساقنى إلى المدينة بثلاث ليال » روى البيهقى هذا متصلا بإسناده .

وروى البيهقى عن ابن المبارك قال « الحديث فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا . أثبت من هذه الأساطير » وروى البيهقى بإسناده عن على ابن المدينى عن ابن عيينة أنه حدث الكوفيين بحديث ابن عمر عن النبى ﷺ فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا قال : فحدثوا به أبا حنيفة فقال أبو حنيفة :

---

(1) كذا بالأصل والصحيح أن الترمذى رواه وقال : هذا حديث حسن غريب . (المطيعى)

(2) المحفوظ من صحيح البخارى هو ما أثبتناه وكان فى ش و ق (أن يرد فى البيع) مع فوارق أخرى من أخطاء الناسخين والطابعين تلاحظ بالمقارنة . (ط)

ليس هذا بشيء . أرأيت إن كانا فى سفينة ؟ قال ابن المدينى إن الله سائله عما قال .

قال القاضى أبو الطيب والأصحاب : اعترض مالك وأبو حنيفة على هذه الأحاديث فإنها بلغتهما (فأما) مالك فهو راوى حديث ابن عمر (وأما) أبو حنيفة فقال : ما قدمناه عنه الآن من قوله : أرأيت لو كانا فى سفينة ؟ فإنه لا يمكن تفرقهما (وأما) مالك فقال : العمل عندنا بالمدينة خلاف ذلك فان فقهاء المدينة لا يثبتون خيار المجلس . ومذهبه أن الحديث إذا خالف عمل أهل المدينة تركه قال أصحابنا : هذه الأحاديث صحيحة والاعتراضان باطلان مردودان لمنابذتهما السنة الصحيحة الصريحة المستفيضة (وأما) قول أبى حنيفة : لو كانا فى سفينة فنحن نقول به ، فإن خيارهما يدوم ما داما مجتمعين فى السفينة ، ولو بقيا سنة وأكثر . وقد سبقت المسألة مبينة ، ودليلها إطلاق الحديث .

(وأما) قول مالك فهو اصطلاح له وحده منفرد به عن العلماء فلا يقبل قوله فى رد السنن ، لترك فقهاء المدينة العمل بها وكيف يصح هذا المذهب ؟ مع العلم بأن الفقهاء ورواة الأخبار لم يكونوا فى عصره ، ولا فى العصر الذى قبله منحصرين فى المدينة ، ولا فى الحجاز ، بل كانوا متفرقين فى أقطار الأرض مع كل واحد قطعة من الأخبار لا يشاركه فيها أحد ، فنقلها ووجب على كل مسلم قبولها ، ومع هذا فالمسألة متصورة فى أصول الفقه غنية عن الإطالة فيها هنا ، هذا كله لو سلم أن فقهاء المدينة متفقون على عدم خيار المجلس ، ولكن[1] ليس هم متفقين ، فهذا ابن أبى ذئب أحد أئمة فقهاء المدينة فى زمن مالك أنكر على مالك فى هذه المسألة ، وأغلظ فى القول بعبارات مشهورة ، حتى قال : يستتاب مالك من ذلك ، وكيف يصح دعوى اتفاقهم ، (فان قيل) قوله ﷺ: المتبايعان بالخيار

---

(١) لعله : ولكنهم ليسوا متفقين . (ط)

أراد ما دام فى المساومة وتقرير الثمن قبل تمام العقد ، لأنهما بعد تمام العقد لا يسميان متبايعين حقيقة ، وإنما يقال كانا متبايعين •

(قال أصحابنا) : فالجواب من أوجه : (أحدها) جواب الشافعى رحمه الله ، وهو أنهما ما داما فى المقاولة يسميان متساومين ، ولا يسميان متبايعين ، ولهذا لو حلف بطلاق أو غيره أنه ما بايع وكان مساوما ، وتقاولا فى المساومة وتقرير الثمن ، ولم يعقدا لم يحنث بالاتفاق (والثانى) أن المتبايعين اسم مشتق من البيع ، فما لم يوجد البيع لم يجز أن يشتق منه ، لأن كل اسم من معنى لا يصح اشتقاقه حتى يوجد (المعنى الثالث) أن حمل الخيار على ما قلنا يحصل به فائدة لم تكن معروفة قبل الحديث ، وحمله على المساومة يخرجه عن الفائدة ، فان كل أحد يعلم أن المتساومين بالخيار إن شاءا عقدا وإن شاءا تركا (الرابع) أنه ﷺ مد الخيار إلى التفرق ، وهذا تصريح بثبوته بعد انقضاء العقد (الخامس) أن راوى الحديث ابن عمر كان إذا أراد إلزام البيع مشى قليلا لينقطع الخيار ، كما ثبت عنه فى الصحيحين على ما قدمناه عنه ، وهو أعلم بمراد الحديث •

(فإن قيل) : المراد بالتفرق التفرق بالقول كقوله عز وجل (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة)[1] فالمراد التفرق بالقول (قلنا) الإيجاب والقبول ليس تفرقا منهما فى القول ، لأن من أوجب القول فغرضه أن يقبله صاحبه ، فاذا قبله فقد وافقه ولا يسمى مفارقة ، وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة ، وقياسات لا حاجة إليها مع الأحاديث السابقة (وأما) الجواب عن احتجاجهم بقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[2] فهو أنه عام مخصوص بما ذكرنا ، وهكذا الجواب عن حديث : « فلا يبيعه حتى يستوفيه » فانه عام مخصوص بما ذكرنا •

---

(١) الآية ٤ من سورة البينة •

(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء

(وأما) الجواب عن حديث : « لا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله » فهو أنه دليل لنا كما جعله الترمذى فى جامعه دليلا لإثبات خيار المجلس . واحتج به على المخالفين لأن معناه مخافة أن يختار الفسخ فعبر بالإقامة عن الفسخ ، والدليل على هذا أشياء (أحدها) أنه ﷺ أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا ، ثم ذكر الإقالة فى المجلس ، ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة ، فدل أن المراد بالإقالة الفسخ (والثانى) أنه لو كان المراد حقيقة الاقالة لا يمنعه من المفارقة مخافة أن يقيله ، لأن الإقالة لا تختص بالمجلس والله تعالى أعلم .

(وأما) الجواب عن قياسهم على النكاح والخلع أنه ليس المقصود منهما المال ، ولهذا لا يفسدان بفساد العوض بخلاف البيع ، والجواب عن قولهم خيار مجهول أن الخيار الثابت شرعا لا يضر جهالة زمنه كخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ، بخلاف خيار الشرط فإنه يتعلق بشرطهما ، فاشترط بيانه والله أعلم .

(فــرع) ذكرنا أنهما إذا قاما من مجلس وتماشيا جميعا دام خيارهما ما داما معا ، وإن بقيا شهرا أو سنة ، هذا مذهبنا . وحكى الرويانى عن عبيد الله بن الحسن العنبرى أنه قال: ينقطع به مفارقة مجلسهما وإن كانا (1) ودليلنا عموم الحديث : «ما لم يتفرقا » .

(فــرع) لو حكم حاكم بإبطال خيار المجلس هل ينقض حكمه ؟ حكى الدارمى فيه وجهين (أحدهما) لا ينقض للاختلاف (والثــانى) : ينقض ، قاله الاصطخرى .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويجوز شرط خيار ثلاثة ايام فى البيوع التى لا ربا فيها ، لما روى محمد ابن يحيى بن حبان قال : « كان جدى قد بلغ ثلاثين ومائة سنة ، لا يترك البيع

(1) بياض بالأصل ولعل السقط : وان كانا باقيين معا .

مطيعى

والشراء ، ولا يزال يخدع » فقال له رسول الله ﷺ « من بايعته فقل : لا خلابة، وأنت بالخيار ثلاثا » (فأما) فى البيوع التى فيها الربـا وهى الصرف وبيع الطعام بالطعام ، فلا يجوز فيها شرط الخيار ، لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمام البيع ، ولهذا لا يجوز ان يتفرقا إلا عن قبض العوضين ، فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ، ولم يتم البيع بينهما ، وجاز شرط الخيار فى ثلاثة ايام ، وفيما دونها لأنه إذا جاز شرط الثلاث فما دونها أولى بذلك ، ولا يجوز اكثر من ثلاثة ايام ، لأنه غرر ، وإنما جوز فى الثلاث لأنه رخصة فلا يجوز فيما زاد ، ويجوز ان يشترط لهما ولأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترط لأحدهما ثلاثة ايام وللآخر يوم او يومان ، لأن ذلك جعل إلى شرطهما فكان على حسـب الشرط فإن شرطا ثلاثة ايام ثم تخايرا سقط قياسا على خيار المجلس) .

(**الشرح**) هذا الحديث أتى به المصنف مرسلا لأن محمد بن يحيى بن حبان لم يدرك النبى ﷺ وهذه القصة لم يذكر فى هذه الرواية أنه سمعها من غيره ، وهو تابعى ، فثبت أنه وقع هنا مرسلا وحبان بفتح الحاء بلا خلاف بين أهل العلم من المحدثين وغيرهم وقد تصحفه المتفقهون ونحوهم وهو بالباء الموحدة وهى الغبن والخديعة ، وهذا الحديث قد روى بألفاظ منها حديث ابن عمر قال : « ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيوع » فقال له رسول الله ﷺ : « من بايعت فقل : لا خلابة » رواه البخارى ومسلم وعن يونس بن بكير قال : حدثنا محمد بن إسحق قال : حدثنى نافع عن ابن عمر قال : « سمعت رجلا من الأنصار يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه لا يزال يغبن فى البيع فقال رسول الله ﷺ : إذا بايعت فقل : لا خلابة ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فان رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد قال ابن عمر: فكأنى الآن أسمعه إذا ابتاع يقول: لا خذابة» .

قال ابن إسحق : فحدثت بهذا الحديث محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدى منقذ بن عمرو ، وكان رجلا قد أصيب فى رأس (1) آمـه وكسرت لسانه ونقصت عقله وكان يغبن فى البيع ، وكان لا يدع التجارة فشكا ذلك إلى النبى ﷺ فقال : إذا ابتعت فقل : لا خلابة ثم أنت فى كل

---

(1) كذا بالأصل وصوابه كما سنن ابن ماجه : وكان رجلا قد اصابته آمه فى راسه فكسرت لسانه الخ الحديث . (المطيعى)

بيع تبتاعه بالخيار ثلاث ليال ، إن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد » فبقى حتى أدرك زمن عثمان وهو ابن مائة وثلاثين سنة ، فكبر فى زمان عثمان فكان إذا اشترى شيئا فرجع به فقالوا له : لم تشترى أنت ؟ فيقول : قد جعلنى رسول الله ﷺ فيما ابتعت بالخيار ثلاثا ، فيقولون : أردده فانك قد غبنت ، أو قال : غششت فيرجع إلى بيعه فيقول : خذ سلعتك وأردد دراهمى ، فيقول : لا أفعل قد رضيت فذهبت حتى يمر به الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول : إن رسول الله ﷺ قد جعلنى بالخيار فيما تبتاع ثلاثا ، فيرد عليه دراهمه ويأخذ سلعته » .

هذا الحديث حسن رواه البيهقى بهذا اللفظ باسناد حسن ، وكذلك رواه ابن ماجه باسناد حسن وكذا رواه البخارى فى تاريخه فى ترجمة منقذ بن عمرو باسناد صحيح إلى محمد بن إسحق ومحمد بن إسحق المذكور فى إسناده هو صاحب المغازى والأكثرون وثقوه وإنما عابوا عليه التدليس وقد قال فى روايته : حدثنى نافع ، والمدلس إذا قال : حدثنى أو أخبرنى أو سمعت ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع احتج به عند الجماهير ، وهو مذهب البخارى ومسلم وسائر المحدثين ، وجمهور من يعتد به وإنما يتركون من حديث المدلس ما قال فيه : عن ، وقد سبقت هذه المسألة مقررة مرات ، لكن القطعة التى ذكرها محمد بن إسحق عن محمد بن يحيى بن حبان مرسلة ، لأن محمد بن يحيى لم يدرك النبى ﷺ ولم يذكر من سمعها منه ، ولكن مثل هذا المرسل يحتج به الشافعى لأنه يقول : إن المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر ، أو بمسند ، أو بقول بعض الصحابة ، أو بفتيا عوام أهل العلم احتج به وهذا المرسل قد وجد فيه ذلك ، لأن الأمة مجمعة على جواز شرط الخيار ثلاثة أيام والله أعلم .

(وأما) ما وقع فى الوسيط وبعض كتب الفقه فى هذا الحديث

أن النبي ﷺ قال له : « واشترط الخيار[1] ثلاثة أيام » فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ فى كتب الحديث •

واعلم أن أقوى ما يحتج به فى ثبوت خيار الشرط الإجماع ، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف ، والحديث المذكور يحتج به لكن فى دلالته باللفظ الذى ذكرناه نظر والله أعلم •

أما الأحكام ففيها مسائل :

(إحداها) يصح شرط الخيار فى البيع بالاجماع إذا كانت مدته معلومة •

(الثانية) لا يجوز عندنا أكثر من ثلاثة أيام للحديث المذكور ، ولأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالبا ، وكان مقتضى الدليل منع شرط الخيار ، لما فيه من الغذر ، وإنما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالبا ، وهو ثلاثة أيام ، هذا هو المشهور فى المذهب ، وتظاهرت عليه نصوص الشافعى رحمه الله ، وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق ، وفيه وجه أنه يجوز أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت مدة معلومة ، وهو قول ابن المنذر ، قاله فى الإشراف ، واحتج بقول النبى ﷺ : « المؤمنون على شروطهم » والله أعلم •

قال أصحابنا : فان زاد على ثلاثة أيام ولو لحظة بطل البيع •

(الثالثة) يجوز شرط الخيار ثلاثة أيام ويجوز دونها إذا كان معلوما كما ذكره المصنف ، ويجوز لهما ، ويجوز لأحدهما ثلاثة وللآخر يومان

---

(1) الذى ثبت فى سنن ابن ماجه فى حديث منقذ بن عمرو قال له النبى ﷺ : « ثم أنت فى كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت فأمسك وان سخطت فارددها على صاحبها » قال الامام ابن عبد الهادى السندى الحنفى فى حاشيته على سنن ابن ماجه : قال اكثر اهل العلم : وهذا خاص بهذا الرجل وحده ولا يثبت لغيره الخيار بهذه الكلمة (ط) •

أو يوم ، ونحو ذلك ، بحيث يكون معلوما ، وهذا كله لا خلاف فيه ، لكن لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد فباعه بشرط الخيار ثلاثة أيام فوجهان ، حكاهما صاحب البيان (أصحهما) يبطل البيع (والثانى) يصح ويباع عند الإشراف على الفساد ، ويقام ثمنه مقامه ، وهذا غلط ظاهر ، قال أصحابنا : ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد ، فلو شرطا خيار ثلاثة أيام أو دونها من آخر الشهر أو من الغد أو متى شاءا أو شرطا خيار الغد دون اليوم بطل العقد لمنافاته لمقتضاه .

(قال أصحابنا) : ويشترط كون المدة معلومة ، فان شرطا الخيار مطلقا ولم يقدراه بشىء أو قدراه بمدة مجهولة كقوله بعض يوم ، أو إلى أن يجىء زيد أو غير ذلك ، بطل البيع بلا خلاف عندنا ، ولو شرطاه إلى وقت طلوع الشمس من الغد جاز بلا خلاف ، ولو شرطاه إلى طلوعها فقد قال القاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد : قال أبو عبد الله الزبيرى فى كتاب الفصول : لا يصح البيع لأن طلوع الشمس قد لا يحصل لحصول غيم فى السماء ، قال : فلو قال : إلى غروب الشمس أو إلى وقت الغروب صح ، لأن الغروب لا يستعمل إلا فى سقوط قرص الشمس . هذا كلام الزبيرى وسكت عليه القاضى أبو الطيب ، وحكاه أيضا عنه المتولى وسكت عليه .

(فأما) شرطهما إلى وقت الطلوع وإلى الغروب أو وقت الغروب فيصح باتفاق الأصحاب كما قاله الزبيرى ، وأما إذا شرطاه إلى الطلوع فقد خالفه غيره وقال بالصحة لأن الغيم إنما يمنع من إشراق الشمس واتصال الشعاع لا من نفس الطلوع ، وهذا هو الصحيح والله أعلم .

(أما) إذا تبايعا نهارا بشرط الخيار إلى الليل أو ليلا بشرط الخيار إلى النهار ، فيصح البيع بلا خلاف ولا يدخل الزمن الآخر فى الشرط بلا خلاف عندنا ، وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن أبى حنيفة أنه

قال : يدخل ، لأن لفظة (إلى) قد تستعمل بمعنى (مع) كقوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم)[1] دليلنا أن أصل (إلى) الغاية فهذا حقيقتها ، فلا تحمل على غيره عند الإطلاق ، وأما استعمالها بمعنى (مع) فى بعض المواطن ففيه جوابان (أحدهما) أنها مؤولة ، ففى الآية المذكورة تقديره مضافة إلى أموالكم (والثانى) أنها استعملت بمعنى (مع) مجازا فلا يصير إلى المجاز فى غيرها بغير قرينة ، ولأنهم وافقونا على أنه لو باع بثمن مؤجل إلى رمضان لا يدخل رمضان فى الأجل والله أعلم .

(الرابعة) إذا شرطا الخيار ثلاثة أيام أو غيرها ثم أسقطاه قبل انقضاء المدة سقط ، لما ذكره المصنف ، وكذا لو أسقط أحدهما خياره سقط وبقى خيار الآخر . ولو أسقطا اليوم الأول سقط الجميع ، ولو أسقطا الثالث لم يسقط ما قبله ، قال القاضى حسين والبغوى والمتولى : فلو قال : أسقطت الخيار فى اليوم الثانى بشرط أنه يبقى فى الثالث سقط خياره فى اليومين جميعا ، لأنه كما لا يجوز أن يشرط خيارا متراخيا عن العقد لا يجوز أن يستبقى خيارا متراخيا ، وإنما يجوز أن يستبقى اليومين تغليبا للإسقاط ، لأن الأصل لزوم العقد وإنما جوزنا الشرط لأنه رخصة ، فاذا عرض له ذلك حكم بلزوم العقد ، والله أعلم .

(الخامسة) فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود ، قال أصحابنا : جملة القول فيه أنه مع خيار المجلس متلازمان غالبا ، لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط ، فقد ينفكان لهذا ، فاذا أردت التفصيل فراجع ما سبق فى خيار المجلس ، وهما متفقان فى صور الوفاق والخلاف إلا فى أشياء :

(أحدها) أن البيوع التى يشترط فيها التقابض فى المجلس كالصرف

(1) من الآية ٢ من سورة النساء .

وبيع الطعام بالطعام أو القبض فى أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف ، مع أن خيـــار المجلس يثبت فيها ، ودليل المسألة مذكور فى الكتاب ، وقد أهمل المصنف ذكر السلم هنا ، ولكنه ذكره فى كتاب السلم •

(الثانى) أن خيار الشرط لا يثبت فى الشفعة بلا خلاف وكذا لا يثبت فى الحوالة ، وفى خيار المجلس فيهما خلاف سبق •

(الثالث) أنه إذا كان رجع فى سلعة باعها ثم حجر على المشترى بالفلس لا يثبت فيها خيار الشرط بلا خلاف ، وفى خيار المجلس خلاف ضعيف سبق •

(الرابع) فى الهبة بشرط ، وفى الإجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط مع جريان الخلاف فى ثبوته فى خيار المجلس •

(وأما) شرط الخيار فى الصداق فسيأتى فى كتاب الصــداق إن شاء الله تعالى إيضاحه وتفصيله ، ومختصره أن الأصح صحة النــكاح ، وفساد المسمى ، ووجوب مهر المثل ، وأنه لا يثبت الخيار ، والله تعالى أعــلم •

(فــرع) قال جماعة من أصحابنا : قد اشتهر فى الشرع أن قوله : لا خلابة عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام ، فاذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمــان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط ، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا ، فان علمه البائع دون المشترى فوجهان مشهوران حكاهما المتولى وابن القطان وآخرون (أصــحهما) لا يثبت (والوجه الثانى) يثبت ، وهذا شاذ ضعيف ، بل غلط ، لأن معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشترى غير عارف به •

(فــرع) لو اشترى شيئا بشرط أنه إن لم ينقــده الثمن فى ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، أو باع بشرط أنه إن رد الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، فوجهان حكاهما المتولى وغيره (أحدهما) يصح العقد ، ويكون تقدير الصورة الأولى أن المشترى شرط الخيار لنفسه فقط ، وفى الثانية أن البائع شرطه لنفسه فقط ، وهذا قول أبى إسحق قال : لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز ذلك (والثانى) وهو الصحيح باتفاقهم ، وبه قطع الروياني وغيره ، أن البيع باطل فى الصورتين ، لأن هذا ليس بشرط خيار ، بل هو شرط فاسد مفسد للبيع ، لأنه شرط فى العقد شرطا مطلقا ، فأشبه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما .

(فــرع) قال أصحابنا : لو باع عبدين بشرط الخيار فى أحدهمــا لا بعينه بطل البيع بلا خلاف ، كما لو باع أحدهما لا بعينه ولو باع بشرط الخيار فى أحدهما بعينه ففيه القولان المشهوران فى الجمع بين مختلفى الحكم ، وكذا لو شرط الخيار فى أحدهما يوما وفى الآخر يومين (والأصح) صحة البيع ، فان صححنا البيع ثبت الخيار فيما شرط على ما شرط . ولو شرطا الخيار فيهما ثم أرادا الفسخ فى أحدهما فعلى قولى تفريق الصفقة فى الرد بالعيب (الأصح) لا يجوز ولو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار فلأحدهما الفسخ فى نصيبه ، كما فى الرد بالعيب ، ولو شرطا الخيار لأحدهما دون الآخر ففى صحة البيع قولان (الأصح) الصحة ، والله أعلم .

(فــرع) قال المتولى وغيره : إذا قال : بعتك بشرط خيار يوم ، اقتضى إطلاقه اليوم الذى وقع فيه العقد ، كما لو حلف لا يكلمه شهرا ، فان كان العقد نصف النهار مثلا ثبت له الخيار إلى أن ينتصف النهــار فى اليوم الثانى ، ويدخل الليل فى حكم الخيار للضرورة ، وإن كان العقد فى أول وقت العصر ، ثبت إلى مثله من اليوم الثانى ، وإن كان العقد فى الليل ثبت الخيار إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل .

(فـرع) إذا شرطا فى البيع خيارا أكثر من ثلاثة أيام ، فقد ذكرنا أن البيع باطل ، فلو أسقطا الزيادة بعد مفارقة المجلس ، وقبل انقضـاء الثلاثة ، لا ينقلب العقد صحيحا عندنا بلا خلاف ، وكذا لو باع بثمن إلى أجل مجهول ثم قدر الأجل قبل أن يتوهم دخول وقت المطالبة ، لا ينقلب العقد صحيحا ، ولا خلاف فى الصورتين عندنا ، وقال أبو حنيفة : يصح العقد فى الصورتين قال المتولى : واختلف أصحاب أبى حنيفة فى أصـل العقد فمنهم من يقول : وقع العقد فاسدا ، وبإسقاط الزيادة والجهالة يعود صحيحا ، ومنهم من قال : وقع صحيحا ، وإذا لم تسقط الزيادة فسد ومنهم من قال : هو موقوف ، دليلنا أن ما وقع على وجه ـ لا يثبت دائما ـ لم يعد صحيحا ، كما لو نكح امرأة وعنده أربع ، ثم طلق إحداهن ، لا يحكم بصحة نكاح الخامسة •

(أما) إذا أسقطا الزيادة على ثلاثة أيام فى مجلس العقد ، فوجهان حكاهما المتولى وآخرون هنا ، وهما مشهوران جاريان فى كل شرط فاسد قارن العقد ثم حذف فى المجلس (أحدهما) وبه قال صاحب التقريب : يصح العقد ، لأن حكم المجلس حكم حالة العقد ، ولأن الشافعى رحمه الله قال لو لم يذكرا فى السلم أجلا ثم ذكراه قبل التفرق جاز (والثانى) وهو الصحيح باتفاق الأصحاب أن العقد باطل ، ولا يعود صحيحا بذلك ، لأن المجلس إنما ثبت لعقد صحيح لا لفاسد (وأما) السلم ففرعه الشـافعى على الصحيح من القولين وهو صحة السلم مطلقا ، ويكون حالا ، والله أعـلم •

(فـرع) لو تبايعا بغير إثبات خيار الشرط ، ثم شرطا فى المجلس خيارا أو أجلا ، ففيه الخلاف المشهور (الأصح) ثبوته ، ويكون كالشرط فى العقد ، وسنوضح المسألة مبسوطة فى باب ما يفسد البيع من الشروط إن شاء الله تعالى •

(فـرع) اتفق أصحابنا على أن الوكيل بالبيع لا يجوز أن يشترط الخيار للمشترى ، وأن الوكيل فى الشراء لا يجوز أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن الموكل ، كما لو باع بثمن مؤجل من غير إذن ، وقد ذكر المصنف المسألة فى كتاب الوكالة ، قال المصنف والأصحاب : وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله ؟ فيه وجهان مشهوران (أحدهما) لا يجوز ، لأن إطلاق البيع يقتضى البيع بلا شرط ، فلا يجوز الشرط من غير إذن ، فعلى هذا لو شرطه كان العقد باطلا (وأصحهما) يصح ، وبه قطع جماعة منهم القاضى حسين والفورانى هنا ، والمتولى فى كتاب الوكالة ، لأنه لا ضرر على الموكل فى هذا ، ولأنه مأمور بالمصلحة ، وهذا منها ، قال أصحابنا : وإذا شرط الخيار لنفسه وجوزناه على الأصح ، أو أذن فيه الموكل ، ثبت له الخيار ، ولا يفعل إلا ما فيه المصلحة من الفسخ والإجازة ، لأنه مؤتمن • بخلاف ما سنذكره إن شاء الله تعالى قريبا — إذا شرط الخيار لأجنبى وصححناه — فانه لا يلزمه رعاية الحظ ، لأنه ليس بمؤتمن ، هكذا ذكره الأصحاب •

قال الرافعى : ولقائل أن يقول : جعل الخيار له استئمانا قال : وهذا المعنى أظهر — إذا جعلناه نائبا عن العاقد — ثم هل يثبت للموكل الخيار مع الوكيل فى هذه الصورة ؟ فيه الخلاف الذى سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا شرط الخيار لأجنبى ، وقلنا : يثبت له ، هل يثبت للشارط ؟ فيه وجهان أو قولان (أصحهما) لا يثبت • وهو ظاهر النص ، لأن ثبوته بالشرط فكان لمن شرطه خاصة ، أما إذا أذن له الموكل فى شرط الخيار وأطلق ، فشرط الوكيل الخيار مطلقا ، ولم يقل : لى ولا لموكلى ، فقد ذكر إمام الحرمين والغزالى فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يثبت الخيار للوكيل ، لأنه العاقد (والثانى) للموكل ، لأنه المالك (والثالث) لهما ، والأصح للوكيل لأن معظم أحكام العقد متعلقة به وحده ، والله أعلم •

(**فـرع**) إذا مضت مدة الخيار من غير فسخ ولا إجازة تم البيع ولزم بلا خلاف عندنا • وقال مالك : لا يلزم بمضى المدة ، كما لا يلزم المولى حكم الإيلاء بمجرد مضى المدة ، دليلنا أن الخيار يمنع لزوم العقد ، فاذا انقضت مدته لزم بخلاف الإيلاء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن شرط الخيار لأجنبى ففيه قولان (احدهما) لا يصح ، لأنه حكم من احكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين كسائر الأحكام (والثانى) يصح ، لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة ، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبى بان يكون اعرف بالمتاع منهما • فإن شرطه للأجنبى (وقلنا) : إنه يصح فهل يثبت له ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت له ، لأنه إذا ثبت للأجنبى من جهته فلأن يثبت له اولى (والثانى) لا يثبت ، لأن ثبوته بالشرط فلا يثبت إلا لمن شرط له ، قال الشافعى رحمه الله فى الصرف : إذا اشترى بشرط الخيار على ان لا يفسخ حتى يستأمر فلانا لم يكن له أن يفسخ حتى يقول : استأمرته فامرنى بالفسخ ، فمن اصحابنا من قال : له أن يفسخ من غير إذنه ، لأن له أن يفسخ من غير شرط الاستئمار ، فلا يسقط حقه بذكر الاستئمار ، وتأول ما قاله على أنه أراد أنه لا يقول : استأمرته إلا بعد أن يستأمره لئلا يكون كاذبا (ومنهم) من حمله على ظاهره ، أنه لا يجوز أن يفسخ لأنه ثبت بالشرط ، فكان على ما شرط) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع ، فان شرطه لأجنبى فقولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب يصح البيع والشرط ، وهو الأشهر من نصوص الشافعى رحمه الله ، نص عليه فى الإملاء وفى الجامع الكبير ، وبه قطع الغزالى وغيره ، ونقل إمام الحرمين فى النهاية اتفاق الأصحاب عليه ، ولم يذكر فيه خلافا ، وليس كما ادعى (والقول الثانى) أن البيع باطل ، وحكى الماوردى عن ابن سريج وجها أن البيع صحيح والشرط باطل ، قال : وعلى هذا وجهان (أحدهما) يكون البيع لازما لا خيار فيه (والثانى) أن بطلان الخيار يختص بالأجنبى ، فيصح البيع ويثبت الخيار

للعاقد ، وكل هذا ضعيف والمذهب الأول ، قال أصحابنا : ولو باع عبدا بشرط الخيار للعبد ففيه القولان (أصحهما) يصح البيع والشرط ، لأنه أجنبى من العقد فأشبه غيره ، وأطلق ابن القاص أنه لا يصح فى صورة العبد ، قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهو تفريع منه على قولنا : لا يصح شرطه لأجنبى ، فأما إذا صححناه للأجنبى فيصح للعبد ، والله أعلم •

قال أصحابنا : ولا فرق على القولين بين أن يشرطا جميعا أو أحدهما الخيار لشخص واحد ، أو يشرط أحدهما لواحد والآخر لآخر ، فلو شرطه أحدهما لزيد من جهته ، وشرطه الآخر لزيد أيضا من جهته ، صح على قولنا بصحته للأجنبى ، قال المتولى : والفرق بينه وبين الوكيل الواحد فى طرف البيع والشراء أن عقد البيع لا يجوز أن ينفرد به أحدهما ، فلا ينفرد وكيلهما (وأما) الفسخ والإجازة فينفرد به أحدهما فانفرد به وكيلهما ، قال المتولى وغيره : وإذا شرطه لأجنبى وصححناه ، لا يشترط فيه قبول الأجنبى باللفظ بل يكون امتثاله قولا ، كما لو قال : بع ما لى فانه يكفى فى قبول الوكالة إقدامه على البيع ، قالوا : ويشترط أن لا يصرح بالرد •

قال أصحابنا : (فاذا قلنا) بالأصح : إنه يثبت الخيار للأجنبى المشروط له فهل يثبت للشارط أيضا ؟ فيه خلاف مشهور ذكره المصنف بدليله ، ثم إن المصنف وجماعة حكوه وجهين وحكاه المتولى وآخرون قولين (أحدهما) يثبت له أيضا وصححه الرويانى (وأصحهما) عند الجمهور لا يثبت ، وهذا ظاهر نصه فى الصرف ، وفى الاملاء ، لأنه قال فى الاملاء : من باع سلعة على رضاء غيره كان للذى شرط له الرضا الرد ، ولم يكن للبائع ، قال أصحابنا : فان لم نثبته للشارط مع الأجنبى بل خصصنا به الأجنبى فمات الأجنبى فى زمن الخيار ، فهل يثبت الآن للشارط ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وآخرون (أصحهما) عند البغوى والرافعى وغيرهما : يثبت كما يثبت للوارث (والثانى) لا ، لأنه ليس بوارث ،

وبهذا جزم صاحب البحر ، والمذهب الأول • قال أصحابنا : وإذا أثبتنا الخيار للأجنبي والشارط جميعا فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ فلو فسخ أحدهما واختار الآخر قدم الفسخ ، والله أعلم •

(أما) إذا اشترى شيئا على أن يؤامر فلانا فيأتى به من الفسخ والإجازة فقد نص الشافعي رحمه الله في كتاب الصرف على أن البيع صحيح وأنه ليس له أن يفسخ حتى يقول : استأمرته فأمرنى بالفسخ وتكلم الأصحاب فى النص من وجهين (أحدهما) أنه له إذا شرط أن يقول : استأمرته ، وأى مدخل لو أمر به مع أنه لا خيار له ، واختلفوا فى جواب هذا ، وقال القائلون بالأصح فى الصورة السابقة : إن الخيار المشروط للأجنبي يختص بالأجنبي ، هذا جواب على المذهب الذى بيناه ومؤيديه ، وقال الآخرون : هو مذكور احتياطا ، ولا يشترط استئماره ، وإنما أراد الشافعي أنه لا يقول : استأمرته إلا بعد الاستئمار ، لئلا يكون كاذبا ، ونقل الماوردي هذا عن أبى إسحق المروزي والبصريين كافة ، والجواب الأول أصح ، وأقرب إلى ظاهر النص ، لأنه قال : لم يكن له أن يفسخ ولم يقل : لم يجز له أن يكذب •

(الاعتراض الثانى) أنه أطلق فى التصوير شرط المؤامرة ، ولم يقيده بثلاثة أيام فما دونها ، واختلفوا فى جوابه على وجهين حكاهما البغوى والرويانى وآخرون (الصحيح) منهما باتفاقهم ، وبه قطع الجمهور أنه محمود على ما إذا قيد ذلك بالثلاثة ، فان أطلق لم يصح البيع (والثانى) يحتمل الاطلاق والزيادة على الثلاثة ، كخيار الرؤية فى بيع الغائب ــ إذا جوزناه ــ فانه تجوز الزيادة فيه على الثلاثة والمذهب الأول (قال) البغوى : وإذا شرط المؤامرة ثلاثة أيام فمضت الثلاثة ولم يؤامره أو آمره ولم يشر بشيء ، لزم العقد ولا ينفرد هو بالفسخ والإمضاء فى مدة الثلاثة حتى يؤامر ، والله أعلم •

(**فـرع**) إذا شرط الخيار لأجنبى وقلنا : يصح شرطه له ، وثبت له ولهما فتبايعا بشرط الخيار لأجنبى وصرحا بنفيه عن أنفسهما ، ففى صحة هذا الشرط والنفى وجهان ، حكاهما إمام الحرمين (أحدهما) يصح اتباعا للشرط (والثانى) لا يصح والأول أصح •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإذا شرط الخيار فى البيع ففى ابتداء مدته وجهان (أحدهما) من حين العقد ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل ولأنه لو اعتبر من حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولا ، لأنه لا يعلم متى يفترقان (والثانى) أنه يعتبر من حين التفرق لأن ما قبل التفرق الخيار ثابت فيه بالشرع ، فلا يثبت فيه بشرط الخيار (فإن قلنا) إن ابتداءه من حين العقد فشرط أن يكون من حين التفرق بطل ، لأن وقت الخيار مجهول ، ولأنه يزيد الخيار على ثلاثة أيام (وإن قلنا) : إن ابتداءه من حين التفرق فشرط أن يكون من حين العقد ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأن ابتداء الوقت معلوم (والثانى) لا يصح ، لأنه شرط ينافى موجب العقد فابطله) •

(**الشرح**) قوله : مدة ملحقة بالعقد ، قال القلعى : هو احتراز من الاستبراء إذا قلنا : لا يحسب إلا بعد القبض أو بعد انقضاء الخيار • قال أصحابنا : إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها ففى ابتداء مدته وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب : من حين العقد (والثانى) من حين انقطاع خيار المجلس إما بالتخاير وإما بالتفرق ، قال الرويانى هذا اختيار ابن القطان وابن المرزبان ، والأول قول ابن الحداد ، وقول ابن الحداد هو الصحيح عند جميع المصنفين ، حتى قال الرويانى : قول ابن القطان ليس بشىء •

قال المصنف والأصحاب : (فان قلنا) إنه من حين العقد فشرطاه من حين التفرق بطل البيع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والأصحاب فى جميع الطرق • وحكى إمام الحرمين عن حكاية صاحب التقريب وجها

أنه يصح البيع والشرط ، وهذا شاذ مردود (فان قلنا) من حين التفرق فشرطاه من حين العقد فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) يبطل البيع (وأصحهما) باتفاق الأصحاب لا يبطل ، ممن صححه صاحب الشامل والروياني وصاحب البيان والرافعي وآخرون • قال أصحابنا : (فان قلنا :) ابتداء المدة من حين العقد فانقضت وهما مصطحبان فقد انقطع خيار الشرط ، وبقي خيار المجلس ، وإن تفرقا والمدة باقية فالحكم بالعكس ، ولو أسقطا أحد الخيارين سقط ولم يسقط الآخر ولو قالا : ألزمنا العقد أو أسقطنا الخيار سقطا جميعا ولزم البيع ، هذا تفريع كونه من العقد (فأما) إذا قلنا : من التفرق فاذا تفرقا انقطع خيار المجلس وابتدىء خيار الشرط ، وإن أسقطا الخيار قبل التفرق انقطع خيار المجلس ، وفي خيار الشرط وجهان حكاهما إمام الحرمين والبغوى وغيرهما (أحدهما) ينقطع لأن مقتضاهما واحد (وأصحهما) لا ينقطع لأنه غير ثابت في الحال ، فكيف يسقط ؟ والله تعالى أعلم •

(فرع) لو شرطا الخيار بعد العقد وقبل التفرق ، وقلنا بصحته على الخلاف السابق (فان قلنا :) ابتداء المدة من التفرق لم يختلف الحكم (وإن قلنا) من العقد حسبت المدة هنا من حين الشرط لا من العقد ولا من التفرق ، والله أعلم •

(فرع) إذا باع بثمن مؤجل ، ففي ابتداء وقت الأجل طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والعراقيون وجماعة من غيرهم أنه من حين العقد وجها واحدا (والثاني) أنه مرتب على ابتداء مدة الخيار ، إن جعلناها من العقد فالأجل أولى بذلك (وإن قلنا :) من التفرق ففي الأجل وجهان ، وهذا الطريق مشهور في كتب الخراسانيين ، وممن ذكره منهم القاضي حسين وأبو علي السنجي وإمام الحرمين والغزالي وغيرهم ، وجمع القاضي حسين وغيره المسألتين فقالوا : في ابتداء مدة الخيار والأجل ثلاثة

أوجه (أصحها) من حين العقد فيهما (والثانى) من حين التفرق (والثالث) الأجل من العقد والخيار من التفرق ، وفرقوا بينهما بأن الأجل ليس من جنس خيار المجلس ، فكان اجتماعهما أقرب بخلاف خيار الشرط .

قال إمام الحرمين : (فان قيل :) لا وجه لقول من قال : يحسب الأجل من التفرق وقلنا : الخيار يمنع المطالبة بالثمن كالأجل ، فكان قريبا ، والخيار فى التحقيق تأجيل لإلزام الملك أو نقله والأجل تأخير المطالبة ، قال الإمام : ومن قال بتأخير الأجل عن العقد وعن خيار المجلس فقياسه أنه إذا باع بشرط خيار ثلاثة أيام ، وبشرط الأجل أن يفسخ أول الأجل بعد انقضاء خيار الثلاث ، لأنه عنـــده فى معناه ، ولا سبيل إلى الجمع بين المثلين ، هذا كلام الإمام . والمذهب أن الأجل من العقد سواء شرط خيار الثلاث أم لا ، والله أعلم .

قال الغزالى فى الوسيط : (وأما) مدة الإجازة إذا قلنا : يثبت فيها خيار الشرط ففى ابتدائها هذا الخلاف المذكور فى الأجل ، قال : والأصح أنها من العقد ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ فى محضر من صاحبه وفى غيبته لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره فجاز فى حضوره وغيبته كالطلاق) .

(الشرح) قوله : (جعل إلى اختياره) قال القلعى هو احتراز من الإقالة والخلع فانهما لم يجعلا إلى اختياره وحده ، بل إلى اختيارهما ، قال أصحابنا : من ثبت له خيار الشرط كان له الفسخ فى حضرة صاحبه وفى غيبته ؛ لمـــا ذكره المصنف ، هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وزفر وأبو يوسف . وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يصح إلا

فى حضرة صاحبه ، ولهذا قاسه المصنف على الطلاق ، لأنه مجمع على نفوذه بغير حضورها ، والله أعلم •

(فــرع) الإقالة فسخ للعقــد على القول الصحيح الجديد كمــا سنوضحه فى موضعه إن شاء الله تعالى ، قال أصحابنا : ولا تصح إلا بحضور المتعاقدين ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجماهير ، وذكر الروياني فيهــا وجهين (الصحيح) منهما هذا (والثانى) أنه إذا قال : أقلنى ، ثم غاب فى الحال ، ثم قال الآخر : أقلتك بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه صحت الإقالة وإن لم يسمعه لبعده منه ، وهذا شاذ ضعيف •

(فــرع) إذا فسخ المستودع الوديعة من غير حضور مالكها ، ففى صحة الفسخ وجهان حكاهما الروياني هنا (أحدهما) لا يصح لأن الأمانة لا تنفسخ بالقول ، ولهذا لو قال : فسخت الأمانة كان على الأمانة ما لم يردها ، حتى لو هلكت قبل إمكان الرد لا ضمان (والثانى) يصح ويرتفع حكم عقد الوديعة ويبقى حكم الأمانة كالثوب إذا ألقتــه الريح فى دار إنسان يكون أمانة وإلا يكون وديعة فيلزمه أن يعلم صاحبه بذلك ، فان أخر الإعلام مع القدرة ضمن ، هذا كلام الروياني • وجزم القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل وغيرهما فى هذا الموضع بصحة فسخ الوديعة فى غيبة المــالك ، قال القاضى أبو الطيب : تنفسخ ويلزمه ردها إلى مالكها ، فان لم يجده دفعها إلى الحاكم ، فان لم يفعل وهلكت ضمن (فان قيل) لو انفسخت الوديعة لوجب أن يضمنها إذا تلفت فى يده قبل العلم بالفسخ ، لأنهلا يجوز أن تنفسخ ولا تكون مضمونة (قلنا :) لا يمتنع أن تنفسخ وتبقى فى يده أمانة ، ولهذا لو حضر المالك وقال فسخت وديعتى انفسخت ، وتكون أمانة فى يده إلى أن يسلمها ، فان ذهب ليحضرها فتلفت قبل التمكن لم يضمنها ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(فإن تصرف فى المبيع تصرفا يفتقر إلى الملك كالعتق والوطء والهبة والبيع وما اشبهها ــ نظرت ، فإن كان ذلك من البائع ــ كان ذلك اختيارا للفسخ ، لأنه تصرف يفتقر إلى الملك فجعل اختيارا للفسخ والرد إلى الملك ، وإن كان ذلك من المشترى ففيه وجهان (قال) أبو إسحق : إن كان ذلك عتقا كان اختيارا للإمضاء ، وإن كان غيره لم يكن ذلك اختيارا ، لأن العتق لو وجد قبل العلم بالعيب منع الرد فأسقط خيار المجلس ، وخيار الشرط وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد بالعيب ، فلم يسقط خيار المجلس وخيار الشرط (وقال) أبو سعيد الإصخرى : الجميع اختيار للإمضاء ، وهو الصحيح لأن الجميع يفتقر إلى الملك ، فكان الجميع اختيارا للملك، ولأن فى حق البائع الجميع واحد فكذلك فى حق المشترى . فإن وطئها المشترى بحضرة البائع وهو ساكت، واحد فهل ينقطع خيار البائع بذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما) ينقطع لأنه امكنه أن يمنعه ، فاذا سكت كان ذلك رضاء بالبيع (والثانى) لا ينقطع لأنه سكوت عن التصرف فى ملكه ، فلا يسقط عليه حكم التصرف ، كما لو رأى رجلا يخرق ثوبه ، فسكت عنه ، والله اعلم) .

(**الشرح**) قوله : لأن الجميع يفتقر إلى الملك احتراز من الاستخدام (وقوله) لأنه سكوت عن التصرف فى ملكه قال القلعى : فيه احتراز من المودع إذا رأى من يسرق الوديعة فسكت عنه .

(**اما الاحكام**) ففيها مسائل :

(إحداها) قال أصحابنا : يحصل الفسخ والإجازة فى خيار المجس وخيار الشرط بكل لفظ يفهم منـــه ذلك كقول البـــائع فسخت البيع أو استرجعت المبيع أو رددته ، أو رددت الثمن ونحو ذلك ، فكل هذا فسخ ، والإجازة أجزت البيع وأمضيته ، وأسقطت الخيار ، وأبطلت الخيار ، ونحو ذلك ، قال الصيمرى : وقول البائع فى زمن الخيار : لا أبتاع حتى يزيد فى الثمن ، مع قول المشترى : لا أفعل ، يكون فسخا وكذا قول المشترى : لا أشترى حتى ينقص عنى من الثمن مع قول البائع لا أفعل وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل وطلب المشترى تأجيل الثمن الحال كل هـــذا

فسخ هذا كلام الصيمرى ، وحكاه عنه صاحب البيان والرافعى وغيرهما وسكتوا عليه موافقين له .

(الثانية) إعتاق البائع إذا كان الخيار لهما أو له وحده ، ينفذ ويكون فسخا بلا خلاف ، وفى بيعه وجهان مشهوران : (أحدهما) ليس بفسخ (والثانى) وهو الصحيح أنه فسخ ، وبه قطع المصنف والجمهور ، فعلى هذا فى صحة البيع وجهان (أصحهما) الصحة كالعتق (والثانى) لا يصح ، بل يحصل الفسخ دون البيع ، قال أصحابنا : ويجرى الوجهان فى التزويج والإجارة ، وكذا الرهن والهبة إن اتصل بهما القبض ، سواء وهب لولده أو لغيره ، فان تجرد الرهن والهبة عن القبض فهو كالعرض على البيع ، كما سنوضحه متصلا به إن شاء الله تعالى .

(فـرع) العرض على البيع والإذن فى البيع والتوكيل فيه ، والرهن والهبة إذا لم يتصل بهما قبض ، فى جميع هذا وجهان (أحدهما) أنها كلها فسخ إن صدرت من البائع ، وإجازة إن صدرت من المشترى (وأصحهما) أنها ليست فسخا ولا إجازة . ولو باع المبيع فى مدة الخيار بشرط الخيار ، قال إمام الحرمين : إن قلنا لا يزول ملك البائع فهو قريب من الهبة الخالية عن القبض ، وإن قلنا : يزول ففيه احتمال لأنه أبقى لنفسه مستدركا والله أعلم .

(الثالثة) لو وطىء البائع الجارية المبيعة فى زمان الخيار والخيار له أو لهما ففيه ثلاثة أوجه (الصحيح المشهور) الذى قطع به المصنف والجمهور أنه فسخ لإشعاره باختيار الإمساك (والثانى) لا يكون فسخا ، ولو وطىء الرجعية لا تكون رجعة (والثالث) إن نوى به الفسخ كان فسخا ، وإلا فلا . وهذان الوجهان شاذان حكاهما الرافعى وحكى الثالث منهما الدارمى والصواب الأول ، وبه قطع الأصحاب ؛ ونقل المتولى وغيره

الاتفاق عليه . قالوا : والفرق بينه وبين الرجعة أن الرجعة جعلت لتدارك ملك النكاح ، وابتداء ملك النكاح لا يحصل بالفعل وإنما يحصل بالقول فكذا تداركه ، وأما فسخ البيع فلتدارك ملك اليمين ، وابتداء ملك اليمين يحصل بالفعل كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وسبى الجارية وإحياء الموات ونحو ذلك . فعلى الصحيح لو باشر فيما دون الفرج بشهوة أو قبل أو لمس بشهوة ، أو استخدم الجارية أو العبد أو الدابة أو ركبها هل يكون فسخا ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين وغيره (أحدهما) يكون ، وبه قطع البغوى كالوطء والعتق (وأصحهما) لا يكون فسخا وزيف إمام الحرمين قول من قال : الركوب والاستخدام فسخ وقال : هو هفوة والله أعلم .

ولو طلق إحدى زوجتيه لا بعينها ثم وطىء إحداهما لم يكن تعيينا للطلاق فى الأخرى على الأصح فى القولين وهذا مما أورده الغزالى على الشافعى فى مسألة وطء البائع وفرق الأصحاب نحو ما سبق فى فرق الرجعة وحاصله الاحتياط للنكاح بخلاف الملك .

(الرابعة) وطء المشترى ، هل هو إجازة منه ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها المتولى وغيره (أصحها) باتفاق الأصحاب يكون إجازة ، لأنه متضمن للرضى ، وكما جعلنا وطء البائع فسخا لتضمنه الرضى ، كذا وطء المشترى إجازة لتضمنه الرضى (والثانى) لا ، لأن وطء المشترى لا يمنع الرد بالعيب ، فلا يمنع الفسخ كخيار الشرط ، قال المتولى : وهذا على قولنا : إن الملك للمشترى فى زمن الخيار ، وإن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله (والثالث) إن كان عالما بثبوت الخيار له حالة الوطء ، بطل خياره ، وإن كان جاهلا فلا ، ويتصور جهله بأن يرث الجارية من مورثه ولا يعلم أن مورثه اشتراها بشرط الخيار ، وقاسه هذا القائل على الرد بالعيب ، فانه إذا وطىء وهو عالم بالعيب بطل حقه من الرد ، وإن كان جاهلا فلا ،

ولم يفرق الأصحاب بين خيار المجلس وخيار الشرط ، وقال القـاضى حسين : إن وطىء فى خيار الشرط بطل خياره ، وإن وطىء فى خيار المجلس فوجهان ، فحصل وجه رابع فى المسألة أنه يبطل خيـار الشرط دون خيار المجلس ، والله أعلم •

(وأما) إعتـاقه فان كان بإذن البائع نفـذ وحصلت الإجازة من الطرفين ، ولزم البيـع بلا خلاف وإن كان بغير إذنه ففى نفوذه خلاف سنذكره واضحا إن شاء الله تعالى فى تفريع الأقوال الثلاثة فى الملك فى زمن الخيار لمن هو ؟ ومختصره أن المذهب أنه لا ينفذ إعتاقه إن كان الخيار لهما أو للبائع فان كان للمشترى وحده نفذ (فان قلنا) ينفـذ حصلت الإجازة قطعا وإلا فوجهان (أصحهما) الحصول أيضا لدلالته على الرضا واختيار التملك وبهذا قطع المصنف وآخرون ، قال إمام الحرمين : ويتجه أن يقال : إن أعتق وهو يعلم عدم نفوذه لم يكن إجازة قطعا ، والمذهب أنه لا فرق (أما) إذا باع المشترى أو وقف أو وهب وأقبض بغير إذن البائع فلا ينفذ شىء من ذلك بلا خلاف ، وهل يكون إجازة ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يكون إجازة • وبه قال الإصطخرى ، وصححه المصنف والأصحاب (والثانى) لا يكون ، قاله أبو إسحق المروزى •

قال أصحابنا : ولو باشر المشترى هذه التصرفات بإذن البائع أو باع المبيع للبائع نفسه فوجهان (أصحهما) صـحة التصرف لتضمنه الإجازة (والثانى) لا ، لضعف الملك وعدم تقـدم الإجازة (قال) ابن الصباغ وغيره : وعلى الوجهين جميعا يصير البيع لازما ، ويسقط الخيار (قال) الرافعى : وقياس ما سبق أنا إذا لم ننفذها كان سقوط الخيار على وجهين ، والمذهب ما قاله ابن الصباغ وموافقوه ، والله تعالى أعلم •

أما إذا أذن له البائع فى طحن الحنطة المبيعة فطحنها فانه إجازة منهما (قال) الصيدلانى وغيره : ومجرد الإذن فى هذه التصرفات لا يكون إجازة من البائع ما لم يتصرف ، حتى لو رجع البائع قبل التصرف كان على خياره ، وفى هذا الذى قالوه نظر ، لأن الاعتبار بالدلالة على الرضى ، وذلك حاصل بمجرد الإذن ، وسيأتى فى المسألة الخامسة إن شاء الله تعالى عن القاضى حسين خلاف فى هذا ، والله أعلم .

(الخامسة) إذا وطىء المشترى المبيعة فقد سبق الخلاف فى كونه إجازة منه ، وأما خيار البائع فان كان جاهلا بوطء المشترى لم يسقط قطعا ، وإن أدركه حصلت الإجازة منه قطعا ، ولا يجب على المشترى مهر ولا قيمة الوطء قطعا ، وتصير الجارية أم ولد ، فان لم يأذن له ، ولكن علم أنه يطأ ، أو رآه يطأ وسكت عليه ، فهل يسقط خيار البائع ويكون مجيزا ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يكون مجيزا قطعا ، وكما لو سكت على وطء أمته لا يسقط به المهر قطعا ، أو على تخريق ثوبه لا يسقط القيمة قطعا ، هكذا ذكر الأصحاب المسألة ، ولم يفرقوا بين خيار الشرط وخيار المجلس ، وقال المتولى : إذا أبطلنا خيار المشترى بالوطء وكان البائع جاهلا بوطء المشترى — فان كان خيار الشرط — لم يبطل حق البائع منه ، وإن كان خيار المجلس فوجهان ، بناء على الوجهين السابقين فيما إذا أسقط المشترى خياره ، هل يسقط خيار البائع أم لا ؟ وهذا الذى قاله شاذ مردود والمذهب أنه لا يسقط خيار المجلس والحالة هذه كالشرط ، قال القاضى حسين : ولو أذن له البائع فى الوطء ولم يطأها ، هل يبطل خيار البائع بمجرد الاذن ؟ فيه خلاف مرتب (إن قلنا :) إذا رآه يطأ فسكت يبطل ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، والفرق أنه وجد هنا صريح الإذن ، والله أعلم .

(فــرع) إذا تصرف المشترى فى المبيع ببيع أو رهن أو هبة أو تزويج ونحوها، وصححناه، يبطل خيار البائع إذا لم يكن أذن فى ذلك بلا خلاف. واحتج له المتولى بأن هذه التصرفات لا تبطل مالية الممتنع، وهى قابلة للرفع والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن جن من له الخيار، او اغمى عليه، انتقل الخيار إلى الناظر فى ماله وإن مات، فإن كان فى خيار الشرط انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال، لأنه حق ثابت لإصلاح المال، فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن، فإن لم يعلم الوارث حتى مضت المدة ففيه وجهان (احدهما) يثبت له الخيار فى القدر الذى بقى من المدة، لأنه لما انتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت وجب ان ينتقل إلى غير الزمان الذى شرط فيه (والثانى) انه تسقط المدة ويثبت الخيار للوارث على الفور، لأن المدة فاتت وبقى الخيار، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، وإن كان فى خيار المجلس فقد روى المزنى ان الخيار للوارث وقال فى المكاتب: إذا مات وجب البيع، فمن اصحابنا من قال: لا يسقط الخيار بالموت فى المكاتب وغيره (وقوله) فى المكاتب: وجب البيع. اراد به انه لا ينفسخ بالموت كما تنفسخ الكتابة، ومنهم من قال: يسقط الخيار فى بيع المكاتب ولا يسقط فى بيع غيره لأن السيد يملك بحق الملك، فإذا لم يملك فى حياة المكاتب لم يملك بعد موته. والوارث يملك بحق الإرث فانتقل إليه بموته.

ومنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وخرجهما على قولين (احدهما) انه يسقط الخيار لأنه إذا سقط الخيار بالتفرق فلأن يسقط بالموت — والتفرق فيه اعظم — اولى (والثانى) لا يسقط، وهو الصحيح، لأنه خيار ثابت لفسخ البيع، فلم يبطل بالموت كخيار الشرط، فعلى هذا إن كان الذى انتقل إليه الخيار حاضرا ثبت له الخيار إلا ان يتفارقا او يتخايرا وإن كان غائبا ثبت له الخيار إلى ان يفارق الموضع الذى بلغه فيه).

(**الشرح**) قوله: حق ثابت لإصلاح المــال احتراز ممن أسلم على أكثر من أربع زوجات، وأسلمن، ومات قبل الاختيار، فان الخيار لا ينتقل إلى الوارث (وقوله:) خيار ثابت لفسخ البيع. احتراز بالفسخ عن خيار

القبول فى إيجاب البيع ، وهو إذا قال البائع : بعتك فمات المشترى قبل القبول لم يقبل الوارث عنه • واحترز بالبيع عن فسخ النكاح بالعيب وبعتق الأمة تحت عبده •

(اما الاحكام) فاتفقت نصوص الشافعى وطرق الأصحاب على أن خيار الشرط وخيار الرد بالعيب ينتقل إلى الوارث بموت المورث ، وإلى السيد بموت المكاتب فى مدته ولا خلاف فى هذا ، إلا أن الرافعى حكى أن فى خيار الشرط قولا شاذا أنه يسقط بالموت مخرجا من خيار المجلس ، وهذا ضعيف جدا ومردود ، فاذا قلنا بالمذهب فان كانت المدة باقية عند بلوغ الخبر ثبت للوارث الخيار إلى انقضائها ، وإن كانت قد انقضت فأربعة أوجه ، الوجهان الأولان منها مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يكون على الفور •

قال الرويانى وغيره : هذا ظاهر نصه فى الأم (والوجه الثانى) يثبت فى القدر الذى كان بقى عند الموت (والثالث) يبقى الخيار ما دام المجلس الذى بلغه فيه الخبر ، حكاه القفال والرويانى وآخرون من الخراسانيين (والوجه الرابع) يسقط الخيار ، ويلزم البيع بمجرد مضى المدة ، حكاه الرويانى ، وبه جزم المـاوردى لفوات المدة وهذا شاذ مردود والله أعلم •

وأما خيار المجلس فاذا مات أحد المتعاقدين فى المجلس نص الشافعى أن الخيار لوارثه وقال فى المكاتب : إذا باع ومات فى المجلس وجب البيع ، وللأصحاب فى المسألتين ثلاث طرق مشهورة ، ذكرها المصنف بدلائلها واضحة (أحدها) وهو قول أبى إسحق المروزى وأكثر أصحابنا المتقدمين وهو أصحها عند الأصحاب : فى المسألتين قولان (أصحهما) يثبت الخيار للوارث ولسيد المكاتب ، كخيار الشرط والرد بالعيب (والثانى) لا يثبت ، بل يلزم البيع بمجرد الموت ، لأنه أبلغ فى المفـارقة من مفـارقته بالبدن (والطريق الثانى) يثبت لهما قطعا ، وتأويل نص المكاتب بما ذكره المصنف ،

وبهذا الطريق قال أبو على ابن أبى هريرة (والثالث) تقرير النصين ، وهو ثبوت الخيار للوارث دون السيد ، والفرق أن الوارث خليفة الميت بخلاف السيد .

ولو مات العاقدان فى المجلس ففى انتقال الخيار إلى وارثهما وسيد المكاتب الخلاف المذكور فى موت أحدهما ، صرح به الدارمى والأصحاب والله أعلم .

أما إذا باع العبد المأذون له ، أو اشترى ومات فى المجلس ، فكالمكاتب وكذا الوكيل بالشراء إذا مات فى المجلس ، هل للموكل الخيار ؟ فيه الخلاف كالمكاتب ، هذا إذا فرعنا على الصحيح أن الاعتبار بمجلس الوكيل ، وفى وجه شاذ ضعيف يعتبر مجلس الموكل ، وهو شاذ ليس بشىء . قال أصحابنا : فان لم يثبت الخيار للوارث فقد انقطع خيار الميت (وأما) العاقد الآخر الحى فذكر البغوى أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس ، وقال إمام الحرمين : يلزم العقد من الجانبين . قال الرافعى : ويجوز تقرير خلاف لما سبق أن هذا الخيار لا يتبعض سقوطه كموته ، وذكر القاضى حسين فيه وجهين (أحدهما) يمتد إلى أن يفارق مجلسه ثم ينقطع (والثانى) يبقى إلى أن يجتمع هو والوارث الآخر (والثالث) يمتد إلى مفارقته مجلس العقد ، وهذا هو الصحيح وهو الذى جزم به البغوى ، وحكى الرويانى وجها رابعا أنه ينقطع خياره بموت صاحبه ، فاذا بلغ الخبر إلى وارثه حدث لهذا الحى الخيار معه ، وهذا شاذ ضعيف .

(فان قلنا :) يثبت الخيار للوارث فان كان حاضرا فى المجلس امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخايرا ، وإن كان غائبا فله الخيار إذا وصله الخبر ، وهل هو على الفور ؟ أم يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه ؟ فيه وجهان كالوجهين فى خيار الشرط إذا ورثه الوارث ، وبلغه الخبر بعد مضى مدة الخيار ، ففى وجهٍ هو على الفور ، وفى وجه

يمتد كما كان يمتد للميت لو بقى ، ومنهم من بناهما على الوجهين فى كيفية ثبوته للعاقد الباقى (أحدهما) له الخيار ، ما دام فى مجلس العقد ، فعلى هذا يكون خيار الوارث ثابتا فى المجلس الذى يشاهد فيه المبيع (والثانى) يتأخر خياره إلى أن يجتمع هو والوارث فى مجلس فحينئذ يثبت الخيار للوارث ، وجمع القاضى حسين فى تعليقه هذا الخلاف ، فحكى فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدهما) يثبت له على الفور (والثانى) ما لم يفارق مجلس بلوغ الخبر (والثالث) ما لم يجتمع هو والعاقد الآخر ، وحكى الرويانى وجها رابعا أنه يثبت له الخيار إذا أبصر السلعة ، ولا يتأخر عن ذلك (والأصح) أن خيار الوارث يثبت ما دام فى مجلس بلوغ الخبر إليه وبه قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب والماوردى وآخرون ، وهو قول أبى إسحق المروزى .

(فرع) إذا ورث خيار المجلس اثنان فصاعدا وكانوا حضورا فى مجلس العقد ، فلهم الخيار إلى أن يفارقوا العاقد الآخر ، ولا ينقطع بمفارقة بعضهم على الأصح المشهور ، وبهجزم الأكثرون ، فان كانوا غائبين عن المجلس ـ قال المتولى : إن قلنا فى الوارث الواحد : يثبت الخيار فى مجلس مشاهدة المبيع ـ فلهم الخيار إذا اجتمعوا فى مجلس (وإن قلنا :) له الخيار إذا اجتمع هو والعاقد ، وكذا لهم الخيار إذا اجتمعوا هم وهو ، ومتى فسخ بعضهم وأجاز بعضهم فوجهان مشهوران ، حكاهما ابن القطان والقاضى حسين والمتولى والرويانى وغيرهما : (أحدهما) لا ينفسخ فى شىء (وأصحهما) ينفسخ فى الجميع كالمورث لو فسخ فى حياته فى بعضه ، وأجاز فى بعض .

قال المتولى : ولا خلاف أنه لا يبعض الفسخ ، لأن فيه إضرارا بالعاقد الآخر ، قال ولو حضر بعضهم وغاب البعض فللحاضر الخيار ، فان فسخ وقلنا : يغلب الفسخ نفذ الفسخ فى الجميع ، وإن أجاز توقفنا حتى يبلغ

الخبر إلى الغائب ، هذا ما نقله المتولى • وقال الماوردى والرويانى : إن مات البائع فلكل واحد من ورثته أن ينفرد بالفسخ فى حصته بلا خلاف، وإن مات المشترى فوجهان (أحدهما) يثبت الفسخ لكل من ورثته كعكسه (وأصحهما) ليس لأحدهم الفسخ ، والفرق أن المشترى يثبت له الخيار بتبعيض الصفقة عليه ، فيزول عنه الضرر ، بخلاف البائع ، والمذهب ما ذكره المتولى •

(فرع) لو جن أحد العاقدين أو أغمى عليه لم ينقطع الخيار ، بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه ، فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة • هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والأصحاب ، وفيه وجه مخرج من الموت أنه ينقطع حكاه جماعة من الخراسانيين منهم المتولى والرويانى ، قال : وليس هو بشىء ، ولو خرس أحدهما فى المجلس — قال أصحابنا : إن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة — فهو على خياره وإلا نصب الحاكم نائبا عنه ، وهذا متفق عليه عند أصحابنا •

(فرع) إذا جن أحد العاقدين أو أغمى عليه فى مدة الخيار ، وأقام القاضى فيما يقوم مقامه فى الخيار ، ففسخ القيم أو أجاز ، فأفاق العاقد وادعى أن الغبطة خلاف ما فعله القيم ، قال القاضى حسين وغيره : ينظر الحاكم فى ذلك فان وجد الأمر كما يقول المفيق مكنه من الفسخ والإجازة، ونقض فعل القيم ، وإن لم يكن ما ادعاه المفيق ظاهرا فالقول قول القيم مع يمينه ، لأنه أمين فيما فعله إلا أن يقيم المفيق بينة بما ادعاه •

(فرع) قال القاضى حسين : حيث أثبتنا خيار المجلس أو الشرط للوارث ، وكان واحدا فان قال : أجزت انبرم العقد ، وإن قال : فسخت انفسخ ، وإن قال : أجزت وفسخت ، أو فسخت وأجزت ، فالحكم باللفظ المتقدم منهما ، وإن قال : أجزت فى النصف وفسخت فى النصف ، غلب

الفسخ ، كما لو فسخ أحد العاقدين وأجاز الآخر ، فانه يقدم الفسخ كما سبق .

(فــرع) لو حضر الموكل مجلس العقد ، فحجر على الوكيل فى خيار المجلس ، فمنعه الفسخ والإجازة ، فقــد ذكر الغزالى فى البسيط والوسيط كلاما معناه أن فيه احتمالين (أحدهما) يجب الامتثال فينقطع خيار الوكيل ، قال : وهو مشكل لأنه يلزم منه رجوع الخيار إلى الموكل ، وهو مشكل (والثانى) لا يمتثل لأنه من لوازم السبب السابق ، وهو المنع ، لكنه مشكل لأنه مخالف نيابة[1] الوكالة التى مقتضاها امتثال قول الموكل ، وهذا الثانى أرجح هذا معنى كلام الغزالى ، وليس فى المسألة خلاف ، وإن كانت عبارته موهمه إثبات خلاف ، والله أعلم .

(فــرع) إذا كان الخيار لأحدهما دون الآخر فمات من لا خيار له ، بقى الخيار للآخر بلا خلاف ، قال المتولى : وهذا كما أن الدين المؤجل لا يحل بموت من له الدين ، وإنما يحل بموت من عليه وتتصور المسألة فى الشرط ، وتتصور فى خيار المجلس إذا أجاز أحدهما دون الآخر ثم مات المخير فى المجلس .

(فــرع) إذا شرط الخيار لأجنبى ، وصححناه وخصصناه به دون الشارط فمات ، ففى انتقاله إلى الشارط الخلاف المذكور فى المكاتب ، ذكره المتولى وغيره ، وسبق بيانه فى مسألة شرط الخيار للأجنبى ، قال المتولى : ولا خلاف أنه ينتقل إلى وارث الأجنبى قال : وكذا لو شرط الوكيل الخيار لنفسه حيث يصح ، وخصصناه به فمات ، لا ينتقل إلى وارثه بلا خلاف ، وفى انتقاله إلى الموكل الخلاف كالمكاتب ، وحكى الفورانى وجها أنه ينتقل إلى وارث الوكيل ، وهذا ضعيف أو غلط ، وحكى أيضا

---

(١) فى الأصل (لأنه مخالف بيان الوكالة) .   (ط)

طريقا آخر أنه ينتقل إلى الموكل قطعا وادعى أنه المذهب لأنه نائبه ، وطريقا ثالثا أنه يبطل الخيار قطعا وحكى القاضى حسين هذا الطريق ، والمذهب المشهور أنه كالمكاتب ، والصحيح على الجملة أنه ينتقل إلى الموكل ، قال : وكذا المكاتب إذا شرط الخيار ثم عَجَّز نفسه ، هل ينتقل الخيار إلى سيده ؟ فيه الخلاف ، والله أعلم .

(فـرع) قد ذكرنا أن خيار الرد بالعيب يثبت للوارث بلا خلاف إذا مات الوارث قبل التقصير المسقط ، وهذا حكم خيار الخلف فيما إذا شرط أن العبد كاتب فأخلف ونحوه قال المتولى : وهكذا الخيار الثابت للبائع عند عجز المشترى عن تسليم الرهن المشروط فى البيع ينتقل إلى الوارث ، فأما خيار القبول فلا يورث بلا خلاف ، وصورته إذا قال البائع : بعتكه فمات المشترى ووارثه حاضر فقبل فى الحال لا يصح ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الرويانى وجها أنه إذا قبل وارثه فى الحال صح البيع وهو شاذ باطل ، وقد سبقت المسألة بفروعها فى مسائل الإيجاب والقبول ، قال المتولى : والفرق بينهما أن خيار القبول ليس بلازم ، لأن من عليه وهو البائع لو قال : رجعت أو أبطلت الإيجاب بطل خيار المشترى بخلاف الخيار فى هذه المسألة ، فانه لازم ، حتى لو قال من عليه الخيار لصاحبه أبطلت عليك خيارك ، لم يبطل حقه ، فما كان جائزا سقط بالموت ، وما كان لازما لم يسقط بالموت كالعقود فانه يبطل بالموت الجائز منها دون اللازم .

(فـرع) قال المتولى : لو وهب لولده شيئا فمات الواهب لا ينتقل حق الرجوع فيه إلى الورثة لأنهم لا يرثون العين فلا يرثون الخيار منها ، وكما لا يورث حق النكاح ، قال المتولى : وحد ما يورث وما لا يورث من الحقوق أن كل حق لازم متعلق بالمـال يورث بوراثة المـال ، هذا كلامه ، وليس هذا الذى قاله حدا صحيحا ، فانه ترك أشياء كثيرة لم

تدخل فى حده (منها) : حد القذف (ومنها) القصاص (ومنها) النجاسات المنتفع بها كالكلب والسرجين وجلد الميتة وغير ذلك ، والله أعلم .

(فـرع) إذا مات صاحب الخيار ــ وقلنا : ننتقل إلى الورثة فكانوا أطفالا أو مجانين ــ قال الرويانى وغيره : ينصب القاضى [قيما يفعل] ما هو المصلحة من الفسخ والإجازة ، كما لو جن صاحب الخيار ، والله أعـلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وفى الوقت الذى ينتقل الملك فى البيع الذى فيه خيار المجلس او خيار الشرط ، ثلاثة اقوال (احدها) ينتقل بنفس العقد لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح (والثانى) انه يملك بالعقد وانقضاء الخيار ، لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار ، فدل على انه لا يملك إلا بهما (والثالث) انه موقوف مراعى ، فان لم يفسخ العقد تبينا انه ملك بالعقد ، وإن فسخ تبينا انه لم يملك ، لأنه لا يجوز ان يملك بالعقــد ، لأنه لو ملك بالعقد لملك التصرف ، ولا يجوز ان يملك بانقضاء الخيار ، لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك . فثبت انه موقوف مراعى ، فان كان المبيع عبدا فاعتقه البائع نفذ عتقه ، لأنه إن كان باقيا على ملكه فقد صادف العتق ملكه ، وإن كان قد زال ملكه عنه إلا انه يملك الفسخ فجعل العتق فسخا ، وإن اعتقه المشترى لم يخل ــ إما ان يفسخ البائع البيع او لا يفسخ ــ فان لم يفسخ وقلنا : إنه يملكه بنفس العقد ، او قلنا : إنه موقوف ــ نفذ عتقه لأنه صادف ملكه (وإن قلنا) : إنه لا يملك بالعقد لم يعتق ، لأنه لم يصادف ملكه . وإن فسخ البائع ــ وقلنا : إنه لا يملك بالعقد او موقوف ــ لم يعتق، لأنه لم يصادف ملــكه .

(وإن قلنا) : إنه يملك بالعقد ففيه وجهان (قال) أبو العباس : إن كان موسرا عتق ، وإن كان معسرا لم يعتق ، لأن العتق صادف ملكه ، وقد تعلق به حق الغير فاشبه عتق المرهون (ومن) اصحابنا من قال : لا يعتق ، وهو المنصوص ، لأن البائع اختار الفسخ والمشترى اختار الإجازة بالعتق ، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ ، ولهذا لو قال المشترى : أجزت، وقال البائع

بعده : فسخت ، قدم الفسخ وبطلت الإجازة ، وإن كانت سابقة للفسخ (فإن قلنا) : لا يعتق عاد العبد إلى ملك البائع (وإن قلنا) يعتق ، فهل يرجع البائع بالثمن او القيمة ؟ قال ابو العباس يحتمل وجهين (احدهما) يرجع بالثمن، ويكون العتق مقررا للعقد ومبطلا للفسخ (والثانى) انه يرجع بالقيمة ، لان البيع انفسخ وتعذر الرجوع إلى العين ، فرجع إلى قيمته كما لو اشترى عبدا بثوب واعتق العبد ، ووجد البائع بالثوب عيبا فرده فإنه يرجع بقيمة العبد ، فإن باع البائع المبيع أو وهبه صح لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه ، وإما ان يكون للمشترى إلا أنه يملك الفسخ فجعل البيع والهبة فسخا .

وإن باع المشترى المبيع أو وهبه نظرت فإن كان بغير رضى البائع ((فان قلنا)) إنه فى ملك البائع لم يصح تصرفه ، وإن قلنا : إنه فى ملكه ففيه وجهان قال ابو سعيد الإصطخرى : يصح ، وللبائع أن يختار الفسخ ، فإذا فسخ بطل تصرف المشترى . ووجهه ان التصرف صادف ملكه الذى ثبت للغير فيه حق الانتزاع فاشبه إذا اشترى شقصا فيه شفعة فباعه (ومن) اصحابنا من قال : لا يصح لأنه باع عينا تعلق بها حق الغير من غير رضاه ، فلم يصح ، كما لو باع الراهن المرهون ، فأما إذا تصرف فيه برضى البائع نظرت ــ فإن كان عتقا ــ نفذ لأنهما رضيا بامضاء البيع ، وإن كان بيعا او هبة ففيه وجهان (احدهما) لا يصح ، لأنه ابتدأ بالتصرف قبل ان يتم ملكه (والثانى) يصح لأن المنع من التصرف لحق البائع وقد رضى البائع) .

(الشرح) قوله : (لأنه عقد معاوضة يوجب الملك) احترز بالمعاوضة عن الهبة ، فانها لا تملك بالعقد ، بل بالقبض ، وعن الوصية (وبقوله) يوجب الملك عن الكتابة ، فانها عقد معاوضة لكن لا توجب الملك ، فان العبد لا يملك نفسه أبدا ، وإنما فائدة عتقه تقدم[1] ملك فيه (وقوله) فأشبه عتق المرهون يعنى على أصح الأقوال الثلاثة المشهورة فيه (وقوله) ثبت للغير فيه حق ، هذا مما أنكره بعض أهل العربية على الفقهاء وغيرهم ، فقال : لفظة غير لا تدخل عليها الألف ، وكذا كل وبعض ، وجوزه آخرون ،

---

(١) تقدم هنا مصدر بضم الدال المهملة أو يكون فيها تصحيف تقديره كعدم ملك فيه والله أعلم.

وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء واللغات[1] .

(اما الاحكام) فقال أصحابنا : فى ملك المبيع فى زمن خيار المجلس وخيار الشرط ثلاثة أقوال مشهورة ، ذكرها المصنف بدليلها (أحدها) أنه ملك للمشترى ينتقل إليه بنفس العقد ويكون الثمن ملكا للبائع ، قال الماوردي : وهذا نصه[2] فى باب زكاة الفطر (والثانى) أنه باق على ملك البائع ، ولا يملكه المشترى إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ ، ويكون الثمن باقيا على ملك المشترى ، قال الماوردى : وهذا نصه فى الأم (والثالث) موقوف ، فان تم البيع حكمنا بأنه كان ملكا للمشترى بنفس العقد . وإلا فقد بان أن ملك البائع لم يزل . وهكذا يكون الثمن موقوفا على هذا القول ، وفى موضع الأقوال ثلاثة طرق حكاها المتولى وغيره (أحدها) أنه إذا كان الخيار لهما إما بالشرط وإما بالمجلس (أما) إذا كان لأحدهما ، فالمبيع على ملكه لأنه ملك التصرف (والطريق الثانى) أنه لا خلاف فى المسألة ؛ بل إن كان الخيار للبائع فالملك له ، وإن كان للمشترى فله ، وإن كان لهما فموقوف وتنزل الأقوال على هذه الأحوال (والثالث) طرد الأقوال فى جميع الأحوال وهو الأصح عند عامة الأصحاب منهم العراقيون والحليمى ، هذا نقل الرافعى .

---

(1) قال فى تهذيب الأسماء واللغات : قال الامام ابو نزار الحسن بن ابى الحسن النحوى فى كتابه المسائل السفرية : منع قوم دخول الألف واللام على غير وكل وبعض ، وقالوا : هذه كما لا تتعرف بالاضافة لا تتعرف بالألف واللام على غير وكل وبعض فيقال فعل الغير ذلك ، والكل خير من البعض ، وهنا لان الألف واللام هنا ليستا للتعريف ولكنها المعاقبة للاضافة نحو قول الشاعر :

كان بين فكها والفك

انما هو كان بين فكها وفكها فهذا لانه من نص على ان غيرا يتعرف بالاضافة فى بعض المواضع ثم ان الغير يحمل على الضد والكل يحمل على الجملة والبعض يحمل على الجزء فصلح دخول الألف واللام أيضا من هذا الوجه والله تعالى أعلم ا هـ من تهذيب الاسماء واللغات جـ ٢ ص ٦٥ ، ٦٦

(2) يعنى نص الشافعى فى الام فى باب زكاة الفطر .

وقال إمام الحرمين : طرد الأئمة الأحوال الثلاثة فيه إذا كان لهما أو لأحدهما قال : وقال بعض المحققين : إن كان الخيار لهما ففيه الأقوال ، وإن كان الخيار للمشترى فالأصح أن الملك له ، وإن كان الخيار للبائع (فالأصح) أن المبيع باق على ملكه ، قال الإمام : وكان شيخى يقول : يتجه أن يجعل ذلك قولا رابعا .

واختلف أصحابنا فى الأصح من هذه الأقوال ، فصححت طائفة القول بأن المشترى يملك بنفس العقد ، منهم الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب وإمام الحرمين وغيرهم ، وبه قطع المحاملى فى المقنع ، وسُلَيم الرازى فى الكفاية ، والجرجانى فى التحرير وهو مذهب أحمد ، وصححت طائفة قول الوقف ، ممن صححه البغوى ، وصححت طائفة التفصيل فقالوا : إن كان الخيار للبائع ، فالأصح أن الملك له ، وإن كان الخيار للمشترى وحده فالأصح أن الملك له . وإن كان لهما فالأصح أنه موقوف ، وممن صحح هذا التفصيل القفال ، حكاه عنه الرويانى فى البحر . وأشار إلى موافقته وصححه أيضا صاحب [البيان] والرافعى فى كتابيه الشرح الكبير والمحرر ، وقطع به الرويانى فى الحلية ، والله أعلم .

(التفريع) قال أصحابنا رحمهم الله : لهذه الأقوال فروع كثيرة ، منها ما يذكر فى أبوابه ، ومنها ما يذكر هنا (فمنها) كسب العبد والأمة المبيعين فى زمن الخيار ، فان تم البيع فهو للمشترى (إن قلنا) الملك له أو موقوف (وإن قلنا) الملك للبائع فوجهان (أصحهما) وبه قال الجمهور : الكسب للبائع ، لأن الملك له عند حصوله ، وقال أبو على الطبرى : هو للمشترى واستدل له المتولى وغيره بأن سبب زوال ملك البائع موجود حال وجود الزيادة . فلم يجعل لها حكم ، وجعلت تابعة للعين ، وكان لمن استقر ملك العين له ، وإن فسخ البائع فهو للبائع « إن قلنا : » الملك له أو موقوف (وإن قلنا) للمشترى فوجهان مشهوران (أصحهما)للمشترى (والثانى)

للبائع ، وبه قال أبو إسحق المروزى قال المتولى هما مبنيان على أن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله ، وفيه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) من حينه (والثانى) من أصله (فان قلنا) من حينه فهو للمشترى ، وإلا فللبائع .

قال أصحابنا : وفى معنى الكسب ، اللبن والشعر والثمرة ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة أو أكرهت على الزنا وكون الجميع حكم كسب العبد على التفصيل والخلاف (ومنها) النتاج ، فان وجد حدوث الولد وانفصاله فى مدة الخيار لامتداد المجلس فهو كالكسب ، وإن كانت الجارية أو البهيمة حاملا عند البيع وولدت فى زمن الخيار بنى على أن الحمل هل له حكم ؟ وهل يأخذ قسطا من الثمن ؟ وفيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بعد هذا بدليلهما (أحدهما) لا كالأعضاء ، فعلى هذا هو كالكسب كما سبق بلا فرق وأصحهما له قسط كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم فعلى هذا يكون الحمل مع الأم كعينين بيعتا معا ، فان فسخ البيع فهما للبائع وإلا فللمشترى (ومنها) العتق فاذا أعتق البائع العبد المبيع فى زمن الخيار المشروط لهما أو للبائع وحده نفذ إعتاقه على كل قول ، وهذا لا خلاف فيه ، ودليله ما ذكره المصنف .

وإن أعتقه المشترى (فان قلنا) الملك للبائع لم ينفذ إن فسخ البيع قطعا ، وكذا إن تم على أصح الوجهين ، وهو المنصوص لما ذكره المصنف (وإن قلنا :) موقوف ، فالعتق أيضا موقوف ، فان تم البيع بان نفوذه وإلا فلا (وإن قلنا :) الملك للمشترى ففى نفوذ العتق وجهان (أصحهما) وهو ظاهر النص لا ينفذ صيانة لحق البائع على الاتصال (والثانى) ينفذ ، وبه قال ابن سريج ، وعلى هذا وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف أنه إنما ينفذ إذا كان موسرا بقيمته ، فان كان معسرا فلا ، كالموهوب على أصح الأقوال (والثانى) ينفذ موسرا كان أو معسرا (فان

قلنا :) لا ينفذ فاختار البائع الإجازة ففى الحكم بنفوذه الآن وجهان (أصحهما) لا ينفذ (فان قلنا :) ينفذ فهل ينفذ من وقت الإجازة ؟ أم من وقت الإعتاق ؟ فيه وجهان (أصحهما) من وقت الإجازة (وإن قلنا) بقول ابن سريج ففى بطلان خيار البائع وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) يبطل وليس له إلا الثمن (وأصحهما) لا يبطل لكن لا يرد العتق ، بل إذا فسخ أخذ قيمة العبد كنظيره فى الرد بالعيب • فعلى هذا إن اختلفا فى قيمة العبد وتعذرت معرفتها لموته أو غيبته ونحو ذلك فالقول قول المشترى ، لأنه غارم ، هذا كله إذا كان الخيار لهما أو للبائع •

(أما) إذا كان للمشترى وحده فينفذ إعتاقه على جميع الأقوال بلا خلاف لأنه إما مصادف ملكه ، وإما إجازة ، وليس فيه إبطال حق لغيره ، وإن أعتقه البائع وكان الخيار للمشترى وحده (فان قلنا :) الملك للمشترى لم ينفذ سواء تم البيع أو فسخ ، وفيما إذا فسخ الوجه الشاذ السابق الناظر إلى المآل •

(وإن قلنا :) موقوف لم ينفذ إن تم البيع وإلا فينفذ (وإن قلنا :) الملك للبائع فان انفسخ العقد بطل العتق وإلا فقد أعتق ، تبينا ثبوت الاستيلاد وإلا فلا ، فلو ملكها بعد ذلك عاد القولان ، وعلى قولنا : الملك للمشترى فى ثبوت الاستيلاد الخلاف السابق فى العتق ، فان لم يثبته فى الحال وتم البيع تبينا ثبوته ، ورتب الخراسانيون الخلاف فى الاستيلاد على الخلاف فى العتق ، ثم اختلفوا فقيل : الاستيلاد أولى بالثبوت وقيل عكسه ، قال إمام الحرمين : ولا تبعد التسوية ، قال أصحابنا : والقول فى وجوب قيمة الولد على المشترى كالقول فى ملكه الذى تعلق به حق لازم ، فهو كإعتاق المرهون والله أعلم •

(ومنها) الوطء فان كان الخيار لهما أو للبائع ففى حله للبائع طرق (أحدها) إن قلنا : الملك له فحلال . وإلا فوجهان وجه الحل أنه يتضمن الفسخ ، وفى ذلك عود الملك إليه معه أو قبيله (والطريق الثانى) إن قلنا : لا ملك له فحرام ، وإلا فوجهان وجه التحريم ضعف الملك (والثالث) القطع بالحل مطلقا . قال الرافعى : والمذهب من هذا كله الحل إن جعلنا الملك له . والتحريم إن لم نجعله له ، ولا مهر عليه بحال بلا خلاف (وأما) وطء المشترى فحرام قطعا ، والصورة فيما إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده لأنه وإن ملك على قول فملك ضعيف ولكن لو وطىء فلا حد على الأقوال كلها بلا خلاف لوجود الملك أو شبهته (وأما) المهر فان تم البيع لم يلزمه « إن قلنا » الملك له:أو موقوف « وإن قلنا » للبائع فوجهان « الصحيح » وقول الجمهور وجوب المهر له (وقال) أبو إسحق : لا يجب نظرا إلى المآل ، فان فسخ البيع وجب المهر للبائع « إن قلنا » الملك له أو موقوف (وإن قلنا) للمشترى فوجهان (أصحهما) لا مهر « والثانى » يجب لضعف ملكه وزواله . فان أولدها المشترى فالولد نسيب بلا خلاف على الأقوال كلها لأنه وطء فى ملك أو شبهة .

وأما الاستيلاد (فان قلنا) الملك للبائع لم يثبت . ثم إن تم البيع أو ملكها بعد ذلك ففى ثبوته حينئذ القولان المشهوران ، فيمن وطىء جارية غيره بشبهة ، ثم ملكها (أصحهما) لا يثبت ، وعلى الوجه الضعيف الناظر إلى المآل يثبت إذا تم البيع بعد الاستيلاد بلا خلاف وعلى قول الوقف إن تم البيع تبينا ثبوت الاستيلاد وإلا فلا ، فلو ملكها بعد ذلك عاد القولان . وعلى قولنا : الملك للمشترى فى ثبوت الاستيلاد الخلاف السابق فى العتق ، فان لم تثبته فى الحال وتم البيع فى المهر . وإذا وجبت قيمة الولد اعتبرت يوم الولادة فان وضعته ميتا لم يجب قيمته ، لأنه لم يخل بينه وبينه . هذا كله إذا كان لهما أو للبائع (فأما) إذا كان للمشترى وحده فحكمه حل الوطء له كما سبق فى حله فى طرف البائع إذا كان

الخيار لهما أو للبائع ، وأما البائع فيحرم عليه الوطء هنا ، فلو وطىء فالقول فى وجوب المهر ، وفى ثبوت الاستيلاد ووجوب القيمة كما ذكرنا فى طرف المشترى إذا كان الخيار لهما أو للبائع ، والله تعالى أعلم .

قال القاضى حسين : (إذا قلنا) الملك للمشترى وأحبلها ثبت الاستيلاد وبطل خياره ، وفى بطلان خيار البائع وجهان ، فان أبطلناه انبرم العقد واستقر الثمن ، وإن لم نبطله فاختار البائع الإجازة فكذلك ، فان فسخ البيع فهل يبطل الاستيلاد ؟ (إن قلنا) لا يبطل العتق فالاستيلاد أولى وإلا فوجهان والفرق أن الاستيلاد فعل وهو أقوى من العتق ؛ ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والسفيه والمريض والأب فى جارية ابنه دون إعتاقهم (فان قلنا :) لا يفسخ الاستيلاد رجع بقيمتها (وإن قلنا :) له فسخه استرد الجارية ، والله أعلم . (ومنها) بيع البائع والمشترى وهبتهما وسائر عقودهما وسبق بيانها قبل هذا الفصل ، والله أعلم .

(فرع) إذا اشترى عبداً لجارية ثم أعتقهما معا ، فان كان الخيار لهما عتقت الجارية بناء على ما سبق أن إعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ ، ولا يعتق العبد المشترى ، وإن قلنا : الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق صاحبه ، هذا هو الأصح ، وعلى الوجه القائل بنفاذ إعتاق المشترى تفريعا على أن الملك للمشترى يعتق العبد ، ولا تعتق الجارية ، أما إذا كان الخيار لمشترى العبد فثلاثة أوجه (أصحها) يعتق العبد لأنه أجازه ، والأصل استمرار العقد (والثانى) تعتق الجارية ، لأن عتقها فسخ فقدم على الإجازة ، ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين وأجاز الآخر قدم الفسخ (والثالث) لا يعتق واحد منهما أما إذا كان الخيار لبائع العبد وحده فالمعتق بالإضافة إلى العبد مشتر ، والخيار لصاحبه ، وبالإضافة إلى الجارية بائع ، والخيار لصاحبه ، وقد سبق الخلاف فى اعتاقهما ؛ قال الرافعى والذى يفتى به أنه لا ينفذ العتق فى واحد منهما فى الحال فان فسخ صاحبه نفذ فى الجارية وإلا ففى العبد .

ولو كانت المسألة بحالها واعتقهما مشترى الجارية فليقس الحكم بما سبق ، وإن كان الخيار لهما عتق العبد دون الجارية على الأصح ، وإن كان للمعتق وحده فعلى الأوجه الثلاثة ففى الأول يعتق العبد ، وفى الثانى الجارية ، ولا يخفى حكم الثالث ، والله أعلم . أما إذا أعتق أحد المتعاقدين أحد المبيعين فقال القاضى حسين : (إن قلنا :) الخيار يمنع الملك نفذ عتقه فيما باع وإن قلنا : لا يمنع قلنا له : عيّن أحدهما للعتق فان عيّن ما اشتراه كان كاعتاق المشترى فى مدة الخيار ، وإن عين فيما باع نفذ قطعـا .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن كان المبيع جارية لم يمنع البائع من وطئها ، لانها باقية على ملكه فى بعض الأقوال ويملك ردها إلى ملكه فى بعض الأقوال فاذا وطئها انفسخ البيع . ولا يجوز للمشترى وطؤها لأن فى احد الأقوال لا يملكها ، وفى الثانى مراعى فلا يعلم هل يملكها أم لا ؟ وفى الثالث يملكها ملكا غير مستقر ، فان وطئها لم يجب الحد ، وإن احبلها ثبت نسب الولد وانعقد الولد حرا لأنه إما أن يكون فى ملك أو شبهة ملك . وأما المهر وقيمة الولد وكون الجارية ام ولـد فانه يبنى على الأقوال ، فان أجاز البائع البيع بعد وطء المشترى ــ وقلنا إن الملك للمشترى أو موقوف ــ لم يلزمه المهر ولا قيمة الولد ، وتصير الجارية أم ولد، لانها مملوكته (وإن قلنا) : إن الملك للبائع فعليه المهر ، وقال ابو إســحق لا يلزمه كما لا تلزمه اجرة الخدمة ، والمــذهب الاول ، لانه وطىء فى ملك البائع ، ويخالف الخدمة فان الخدمة تستباح بالإباحة ، والوطء لا يستباح ، وفى قيمة الولد وجهان (احدهما) لا تلزمه لانها وضعته فى ملكه والاعتبار بحال الوضع الا ترى ان قيمة الولد تعتبر حال الوضع (والثانى) تلزمه لأن العلوق حصل فى غير ملكه ، والاعتبار بحال العلوق لانها حالة الإتلاف ، وإنما تاخر التقويم إلى حالة الوضع لأنه لا يمكن تقويمه فى حال العلوق ، وهل تصـــير الجارية أم ولد ؟ فيه قولان كما قلنا فيمن احبل جارية غيره بشبهة ، فاما إذا فسخ البيع وعادت إلى ملكه (فان قلنا) : إن الملك للبائع أو موقوف وجب عليه المهر وقيمة الولد ، ولا تصير الجارية فى الحال ام ولد ، وهل تصير ام ولد إذا ملكها ؟ فيه قولان (وإن قلنا) : إن الملك للمشترى لم يجب عليه المهر ، لأن

الوطء صادف ملكه ومن اصحابنا من قال : يجب ، لانه لم يتم ملكه عليهــا ، وهذا يبطل به إذا اجاز البائع البيع ، وعلى قول ابى العباس تصير ام ولد كما تعتق إذا اعتقها عنده ، وهل يرجع البائع بقيمتها أو بالثمن ؟ فيه وجهان ، وقد بينا ذلك فى العتق ، وعلى المنصوص انها لا تصير ام ولد له ، لان حق البائع سابق فلا يسقط بإحبال المشترى ، فان ملكها المشترى بعد ذلك صارت ام ولد ، لانها إنما لم تصر ام ولد له فى الحال لحق البائع ، فإذا ملكها صارت ام ولد .

(١)وإن اشترى جارية فولدت فى مدة الخيار بنينا على ان الحمل هل له حكم فى البيع ؟ وفيه قولان (احدهما) له حكم ويقابله قسط من الثمن ، وهو الصحيح ، لأن ما اخذ قسطا من الثمن بعد الانفصال اخذ قسطا من الثمن قبل الانفصال كاللبن (والثانى) لا حكم له ولا قسط له من الثمن ، لانه يتبعها فى العتق ، فلم ياخذ قسطا من الثمن كالأعضاء ((فإن قلنا)) إن له حكما فهو مع الأم بمنزلة العينين المبيعتين ، فإن امضى العقد كانا للمشترى ، وإن فسخ العقد كانا للبائع ، كالعينين المبيعتين (وإن قلنا) لا حكم له نظرت ، فان امضى العقد (وقلنا) : إن الملك ينتقل بالعقد او موقوف ، فهما للمشترى ((وإن قلنا)) : إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار فالولد للبائع ، فان فسخ العقد ((وقلنا)) : إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار ، أو قلنا : إنه موقوف فالولد للبائع ((وإن قلنا)) : يملك بالعقد فهو للمشترى ، وقال أبو إسحق : الولد للبائع ، لأن على هذا القول لا ينفذ عتق المشترى ، وهذا خطأ لأن العتق يفتقر إلى ملك تام ، والنماء لا يفتقر إلى ملك تام) .

(الشرح) هذه المسائل كلها واضحة ، وسبق شرحها فى الفصــل السابق ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن تلف المبيع فى يد المشترى فى مدة الخيار ، فلمن له الخيار الفسخ والإمضاء ، لأن الحاجة التى دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع ، فإن فسخ وجبت القيمة على المشترى ، لانه تعذر رد العين فوجب رد القيمة ، وإن امضينا العقد (فإن قلنا) : إنه يملك بنفس العقد أو موقوف فقد هلك من ملكه (وإن قلنا) : يملك بالعقد وانقضاء الخيار وجب على المشترى قيمته ، والله اعلم) .

---

(١) فى نسخة الركبى فى هذا الموضع (فصل) فان اشترى الخ .

(الشرح) قوله : (وجبت قيمته) قال : وجب بدله ، كان أحسن وأعم ليدخل فيه المثل فيما له مثل قال أصحابنا : إذا تلف المبيع فى مدة الخيار فى يد المشترى لم ينقطع الخيار ، بل يبقى الخيار فى الفسخ والإمضاء لمن كان له ، لما ذكره المصنف ، وقال الخراسانيون : إذا تلف فى يد المشترى (فان قلنا :) الملك للبائع انفسخ البيع كالتلف (وإن قلنا :) للمشترى أو موقوف نظر إن أتلفه أجنبى بنى على ما لو تلف بآفة سماوية ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى (فان قلنا :) ينفسخ العقد هناك فهو كإتلاف الأجنبى المبيع قبل القبض ، وسيأتى حكمه إن شاء تعالى .

(وإن قلنا :) لا ينفسخ وهو الأصح فكذا هنا ، وعلى الأجنبى البدل وهو المثل إن كان مثليا وإلا فالقيمة ويبقى الخيار بحاله ، فإن تم البيع فالبدل للمشترى وإلا فللبائع ، وإن أتلفه المشترى استقر عليه الثمن ، فان أتلفه فى يد البائع ، وجعلنا إتلافه قبضا فهو كما لو تلف فى يده ، وإن أتلفه البائع فى يد المشترى قال المتولى : يبنى على إتلافه كاتلاف الأجنبى ؟ أم كالتلف بآفة سماوية ؟ وفيه خلاف مشهور (فقال) القاضى حسين : إن أتلفه البائع فى يد نفسه وقلنا : الملك له انفسخ العقد له (وإن قلنا :) للمشترى ففى انفساخه قولان (إن قلنا :) لا ينفسخ بطل خيار البائع ، وفى خيار المشترى وجهان (إن قلنا :) لا يبطل ففسخ فذاك فان أجاز أخذ من البائع القيمة ، ورجع إليه بالثمن .

(فــرع) قال أصحابنا : إذا تلف المبيع بآفة سماوية فى زمن الخيار ـ فان كان قبل القبض ـ انفسخ البيع ، وإن كان بعده (وقلنا) الملك للبائع انفسخ أيضا ، فيسترد الثمن ويغرم المشترى للبائع البدل ، وهو المثل أو القيمة ، وفى كيفية القيمة الخلاف المشهور فى كيفية غرامة المقبوض بالسوم (وإن قلنا :) الملك للمشترى أو موقوف فوجهان أو قولان (أحدهما) ينفسخ أيضا لحصول الهلاك قبل استقرار العقد (وأصحهما) لا ينفسخ

لدخوله في ضمان المشترى بالقبض ، ولا أثر لولاية الفسخ كما في خيار العيب ، فان قلنا بالانفساخ فعلى المشترى القيمة • قال إمام الحرمين : وهنا نقطع باعتبار قيمة يوم التلف لأن الملك قبل ذلك للمشترى •

(فان قلنا :) بعدم الانفساخ ففى انقطاع الخيار وجهان (أحدهما) ينقطع كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع (وأصحهما) لا كما لا يمتنع التحالف بثمن المبيع ، ويخالف الرد بالعيب لأن الضرر هناك يندفع بالأرش (فان قلنا) بالأول استقر العقد ولزم الثمن (وإن قلنا) بالثانى فان تم العقد وجب الثمن وإلا وجبت القيمة على المشترى ، ويرد الثمن ، وإن تنازعا في قدر القيمة فالقول قول المشترى بيمينه ، وقطعت طائفة من الأصحاب بعدم الانفساخ (وإن قلنا :) الملك للبائع وهو ظاهر كلام المصنف قال الإمام : وذكروا تفريعا أنه لو لم ينفسخ حتى انقضى زمن الخيار فعلى البائع رد الثمن ، وعلى المشترى القيمة ، قال الإمام : وهذا تخليط ظاهر ، والله أعلم •

(فـرع) لو تلف بعض المبيع في زمن الخيار بعد أن قبض المشترى بأن اشترى عبدين فقبضهما فتلف أحدهما ففى الانفساخ في التالف الخلاف السابق ، فان انفسخ جاء في الآخر قولا تفريق الصفقة ، وإن لم ينفسخ بقى خياره في الباقى إن قلنا : يجوز رد أحد العبدين إذا اشتراهما بشرط الخيار ، وإلا ففى بقاء الخيار في الباقى الوجهان ، وإذا بقى الخيار فيه ففسخ رده مع قيمة التالف •

(فـرع) لو قبض المبيع في زمن الخيار ثم أودعه عند البائع فتلف في يده فهو كما لو تلف في يد المشترى ، حتى إذا فرعنا على أن الملك للبائع ينفسخ البيع ويسترد الثمن ويغرم القيمة ، هكذا جزم به الدارمى وآخرون وحكاه إمام الحرمين عن الصيدلانى ، ثم أبدى احتمالا لنفسه في سقوط القيمة لحصول التلف بعد العود إلى يد المالك • ونقل القاضى حسين

عن نص الشافعى أن المشترى يلزمه القيمة قال القاضى : وهذا تفريع على أن الملك للمشترى ، وقد تلف فى يده لأن يد المستودع يد المودع حكما (قال) وفيه قول آخر أنه لا ينفسخ العقد والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : لا يجب على البائع تسليم المبيع ، وعلى المشترى تسليمه الثمن فى مدة الخيار ، فلو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده ، وله استرداد المدفوع ، هذا هو المذهب ، وفيه وجه ضعيف أنه ليس له استرداده ، وله أخـذ ما عند صاحبه بغير رضاه ، وممن حكى هذا الوجه الرافعى •

(فـرع) قال [1] : لو اشترى زوجته بشرط الخيـار ثم خاطبها بالطلاق فى زمن الخيار فان تم العقد وقلنا : الملك للمشترى أو موقوف لم يقع الطلاق (وإن قلنـا) للبائع وقع على أصح الوجهين وإن فسخ (وقلنا) هو للبائع أو موقوف وقع (وإن قلنا :) للمشترى فوجهـان ، وليس له الوطء فى زمن الخيار لأنه لا يدرى أيطأ بالملك أو بالزوجية ؟ هذا هو الصحيح المنصوص وفيه وجه ضعيف أن له الوطء • قال الرويانى : فان تم البيع فهل يلزمه استبراؤها ؟ فيه وجهان بناء على جواز الوطء (إن حرمناه) وجب الاستبراء وإلا فلا • قال : وإن انفسخ البيع (فان قلنا) الملك للبائع أو موقوف فالنكاح بحاله (وإن قلنا) الملك للمشترى فوجهان أحدهمـا ينفسخ لحصوله فى ملكه (والثانى) قال وهو ظـاهر مذهب الشافعى رحمه الله أن النكاح بحاله ، لأن ملكه غير مستقر ، قال الرويانى : ولو طلقها ثم استبرأها ثم راجعها فى مدة الخيار ، فان تم البيع فالرجعة باطلة ، وإن فسخ فان قلنا : لا يملك بالعقد أو قلنا موقوف صحت الرجعة (وإن قلنا) يملك بنفس العقد ففى صحة الرجعة وجهان •

---

(1) لعل الضمير يعود على الرافعى .

(فصل) فى مسائل وفروع تتعلق بباب الخيار فى البيع (منها) ثبت فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ، ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار » وفى رواية « إلا أن يكون البيع خيارا » وفى رواية : « أو يخير أحدهما صاحبه » وفى رواية : « أو يقول لصاحبه اختر » واختلف العلماء من أصحابنا وغيرهم فى معنى قوله ﷺ : « إلا بيع الخيار » على ثلاثة أقوال جمعها القاضى حسين فى تعليقه والرويانى وآخرون من أصحابنا (أصحها) المراد التخيير بعد تمام العقد ، وقبل مفارقة المجلس ، وتقديره : لهما الخيار ما لم يتفرقا إلا أن يتخايرا فى المجلس ، فيلزم البيع بنفس التخاير ، ولا يدوم إلى المفارقة (والثانى) معناه إلا بيعا شرط فيه خيار الشرط ثلاثة أيام أو دونها ، فلا ينقضى الخيار فيه بالمفارقة بل يبقى حتى تنقضى المدة المشروطة (والثالث) معناه إلا بيعا شرط فيه أن لا خيار لهما فى المجلس ، فيلزم البيع بمجرد العقد ، ولا يكون فيه خيار ، وهذا على الوجه الضعيف السابق لأصحابنا فيما إذا تبايعا على أن لا خيار ، وقلنا : يصح البيع ولا خيار ، فهذا ينفسخ على الأقوال المذكورة فى تفسيره واتفق أصحابنا على ترجيح القول الأول ، وهو المنصوص للشافعى ، ونقلوه عنه ، وأبطل كثير من أصحابنا ما سواه ، وغلطوا قائله ، وممن رجحه من المحدثين البيهقى فقال : الروايتان الأخيرتان من الروايات التى ذكرتها تدل على أن المراد بالقول الأول الأولى ثم بسط دلائله وضعف ما يعارضها ثم قال : وذهب كثيرون من أهل العلم إلى تضعيف الأثر المنقول عن عمر رضى الله عنه « البيع صفقة أو الخيار وأن البيع لا يجوز فيه شرط قطع الخيار ، وأن المراد ببيع الخيار التخيير بعد البيع ، أو بيع شرط فيه خيار ثلاثة أيام ، فلا ينقطع خيارهما بالتفرق » ثم قال : والصحيح أن المراد التخيير بعد البيع لأن نافعا ربما عبر عنه ببيع الخيار وربما فسره ، قال : والذى يبين هذا رواية أبى داود عن نافع عن ابن عمر قال : « قال رسول الله ﷺ

البيعان بالخيار حتى يتفرقا أو يكون بيع خيار ، قال : وربما قال نافع أو يقول أحدهما للآخر : اختر • رواه مسلم فى صحيحه » هذا كلام البيهقى •

ومن قال بالقول الأول أيضا من المحدثين الترمذى فقال فى جامعه المشهور : معناه إلا أن يخير البائع المشترى بعد إيجاب البيع ، فاذا أحضره فاختار البيع ، ليس لهما خيار بعد ذلك فى فسخ البيع ، وإن لم يتفرقا ، قال : هكذا فسره الشافعى وغيره، وهكذا نقل الشيخ أبو حامد والأصحاب هذا التفسير عن الشافعى ، وجزم به كثيرون ، ومن ذكر منهم خلافا ضححه ، ونقل ابن المنذر فى الإشراف هذا التفسير عن سفيان الثورى والأوزاعى وسفيان بن عيينة وعبيد الله بن الحسن العنبرى والشافعى وإسحق بن راهويه والله أعلم •

(فـرع) قال المزنى فى المختصر : قال الشافعى : وكل متبايعين فى سلعة وعين وصرف وغيره فلكل واحد منهما الخيار حتى يتفرقا تفرق الأبدان إلى آخره ، قال القاضى حسين والرويانى وغيرهما : غلط المزنى فى قوله : سلعة وعين ، فانهما شيء واحد ، وإنما قال الشافعى : فى سلف بالفاء أو عين وأراد بالسلف السلم ، وأما قوله : تفرق الأبدان فاحتراز من تأويل أبى حنيفة فانه يقول : المراد بالحديث حتى يتفرقا بالقول ، وهو تمام عقد البيع ، والله سبحانه أعلم •

(فـرع) قال الشافعى فى مختصر المزنى : ولا بأس بنقد الثمن فى بيع الخيار • قال أصحابنا : أراد بنقد الثمن تسليمه إلى البائع ، قال أصحابنا : فلا يكره تسليم الثمن فى مدة الخيار إلى البائع ، وتسليم المبيع إلى المشترى فى مدة الخيار • هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يكره تسليم الثمن فى مدة الخيار ، وإنما يسلم بعدها ، قال : لأن قبضه تصرف، ولا يجوز التصرف فيه قبل انقضاء الخيار ، ولأنه يصير بيعا

وسلفا ، فانه إذا سلم إليه الثمن ثم فسخا البيع استرجع الثمن منه ، فيصير كأنه أقرضه الثمن واسترجعه منه قبل التصرف ، وقد نهى عن بيع وسلف •

واحتج أصحابنا بأن القبض حكم من أحكام العقد ، فكان فى مدة الخيار كالفسخ والإمضاء ، ولأنه لا ضرر فى قبضه فى مدة الخيـار ، وما لا ضرر فيه لا يمنع منه ، لأن امتناع التسليم قبل انقضاء الخيار لحق المتعاقدين ، فاذا تراضيا عليه جاز كالإقالة وغيره (وأما) قوله : القبض تصرف فلا يسلمه أصحابنا ، وكذا لا يسلمون أن هـذا بيع وسلف ، ولا يؤدى إليه ولا ما فى معناه ، والله أعلم •

قال أصحابنا : وإذا سلم المشترى الثمن إلى البائع فى مدة الخيار أو سلم البائع المبيع إلى المشترى لا يسقط خيارهما بلا خلاف عندنا • ونقل القاضى حسين عن مالك إسقاط الخيار لأنه يتضمن الرضى • واحتج أصحابنا بأن مقصوده بالتسليم الخلاص من عهدة ضمانه ، قال القاضى حسين : وهل له بعد ذلك أن ينزعه من يد صاحبه عند استيفاء العوض الآخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ، لأن هذا التسليم لا يسقط الخيار فلا يسقط حق الحبس (والثانى) ليس له ، لتضمنه إسقاط حق الحبس •

(فــرع) إذا ألحقنا بالحبس فى مدة خيار المجلس أو خيار الشرط زيادة فى الثمن أو نقصا أو زيادة خيار أو أجازا وشرطا نقدا أو نحو ذلك ، فهل يلحق ؟ فيه ثلاثة أوجه سنذكرها بفروعها مبسوطة إن شاء الله تعالى فى باب ما يفسد البيع من الشرط (أصحها) أنه كالمقارن للعقد (والثانى) أنه لغو (والثالث) إن كان فى خيار المجلس فكالمقارن وإن كان فى خيار الشرط فلغو والله أعلم •

(فــرع) قال صاحب البحر : إذا تقابضا الثمن والمثمن فى مدة الخيار ثم تفاسخا لزمهما ترداد العوضين ؛ وليس لواحد منهما حبس ما فى يده

بعد طلب صاحبه ، فليس له إذا طلب صاحبه أن يقول : لا أرد حتى ترد أنت ، بل إذا بدأ أحدهما بالمطالبة لزم الآخر الدفع إليه ، ثم يرد ما كان فى يده قال : بخلاف ما لو قال البائع : لا أسلم المبيع حتى يسلم الثمن ، وقال المشترى : لا أسلم الثمن حتى يسلم المبيع ، فان كل واحد حبس ما فى يده حتى يدفع صاحبه على الخلاف المشهور فيه ، والفرق أن الفسخ هنا رفع حكم العقد وبقى التسليم بحكم اليد دون العقد ، واليد توجب الرد ، وهناك التسليم بالعقد والعقد يوجب التسليم من الجانبين .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى شرط الخيار ، وهو جائز بالإجماع واختلفوا فى ضبطه ، فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها ولا يجوز أكثر ، وبه قال أبو حنيفة وعبد الله بن شبرمة وزفر والأوزاعى فى رواية عنه وقال ابن أبى ليلى والحسن بن صالح وعبيد الله بن الحسن العنبرى وأحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وداود وفقهاء المحدثين يجوز فى كل شىء بقدر الحاجة فيه ، فيجوز فى الثوب ونحوه اليوم واليومان ، وفى الجارية ونحوها ستة أيام وسبعة ، وفى الدار نحو الشهر .

(فرع) فى مذاهبهم إذا تبايعا بشرط الخيار غير مؤقت ، مذهبنا بطلان البيع لأن فيه غررا وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال أحمد وإسحق : البيعْ صحيح ، وأن الخيار باطل ، وقال الأوزاعى وابن أبى ليلى : البيع صحيح والشرط باطل ، لقوله ﷺ : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » قالا : وهذا ظاهر فى إبطال الشرط وصحة البيع ، وقال مالك : البيع صحيح ويثبت لهما الخيار مدة تليق بذلك البيع ، والله أعلم .

باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(الاعيان ضربان نجس وطاهر ، فاما النجس فعلى ضربين نجس فى نفسه ونجس بملاقاة النجاسة ، فاما النجس فى نفسه فلا يجوز بيعه ، وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات ، والاصل فيه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تعالى حـرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» وروى ابو مسعود البدرى(١) وابو هريرة رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، فنص على الـكلب والخنزير والميتة وقسنا عليها سائر الأعيان النجسة) .

(**الشرح**) أما حديث جابر رضى الله عنه فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما طويلا ولفظه فيهما عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة : « إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتـة والخنزير والأصنام فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانها يُطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا هو حرام ، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك : قاتل الله اليهود إن الله لـمـا حرم شحومها حملوه ثم باعوه فأكلوا الميتة » فقال حمله ــ بالحاء وتخفيف الميم ــ أحمله أى أدامه (وأما) حديث أبى مسعود البدرى الأنصارى فرواه البخارى ومسلم أيضا ولفظه عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن ثمن الـكلب ومهر البغى وحُلْوان الكاهن » (وأما) حديث أبى هريرة فرواه أبو داود باسناد حسن بلفظ حديث أبى مسعود واسم أبى مسعود عمرو بن عمرو الأنصـارى البدرى . قال أكثر العلماء : لم يشهد بدرا مع رسول الله ﷺ فى الغزوة

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب (ابن مسعود) وهو خطأ . (ط)

المشهورة ، وإنما قيل له : البدرى لأنه سكن بدرا ولم يشهدها ، وقال محمد بن إسحق إمام المغازى ، ومحمد بن شهاب الزهرى إمام المغازى وغيرهما ، ومحمد بن إسماعيل البخارى صاحب الصحيح فى صحيحه : إنه شهدها ، واتفقوا على أنه شهد العقبة مع السبعين ، وكان أصغرهم روى له عن النبى ﷺ مائة حديث وحديثان ، اتفق البخارى ومسلم على تسعة أحاديث منها ، وانفرد البخارى بحديث ومسلم بسبعة ، سكن الكوفة وتوفى بها ، وقيل : توفى بالمدينة رضى الله عنه .

(وأما) السرجين ــ فبكسر السين وفتحها وبالجيم ــ ويقال بالقاف ــ بدلها وسبق إيضاحه فى أول كتاب الطهارة ، والله أعلم .

اما حكم المسألة : فقد سبق فى أول كتاب البيوع أن شروط البيع خمسة أن يكون طاهرا ، منتفعا به ، مقدورا على تسليمه ، معلوما ، مملوكا لمن وقع العقد له ، فبدأ المصنف بالشرط الأول وهو الطهارة فقال : النجس ضربان نجس فى نفسه كالكلب والخنزير وما تولد منهما ، أو من أحدهما ، والخمر والنبيذ والسرجين والعذرة ودهن الميتة وعصبها وشعرها ــ إذا قلنا بالمذهب إنه نجس ــ وكذا ريشها ولبن ما لا يؤكل إذا قلنا بالمذهب إنه نجس وسائر الأعيان النجسة ، ولا يجوز بيعها بلا خلاف عندنا ، وسواء الكلب المعلم وغيره ، وسواء الخمر المحترمة وغيرها . ودليل المسألة ما ذكره المصنف ، والله أعلم .

(فرع) الفيلج ــ بالفاء والجيم ــ هو القز قال القاضى حسين فى فتاويه وآخرون : يجوز بيعه فى باطن الدود الميت ، لأن بقاءه من مصالحه كالنجاسة التى فى جوف الحيوان ، قالوا : وسواء باعه ، وزنا أو جزافا ، وسواء كان الدود حيا أو ميتا ، فبيعه جائز بلا خلاف ، والله أعلم .

(فــرع) قال أصحابنا : فى بيع فأرة المسك أو بيض ما لا يؤكل لحمه ودودة القز وجهان بناء على طهارتها ونجاستها (أصحهما) الطهارة وجواز البيع (وأما) دود القز فيجوز بيعه فى حياته بلا خلاف لأنه حيوان ينتفع به كسائر الحيوان ، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر هذا الباب وسبق إيضاحها فى باب إزالة النجاسة ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيع بزر القز ولا دوده . دليلنا أنه طاهر منتفع به فجاز بيعه كسائر الطاهر المنتفع به .

(فــرع) فى حكم ما لا يؤكل لحمه : ذكرنا فى باب إزالة النجاسة ثلاثة أوجه (أصحها) وأشهرها أنه نجس (والثانى) طاهر يحل شربه ، قال أصحابنا : (إن قلنا :) إنه نجس لا يجوز بيعه قال المتولى وآخرون : (وإن قلنا :) طــاهر يحل شربه جاز بيعه (وإن قلنا :) طــاهر لا يحل شربه ، فان كان فيه منفعة مقصودة جاز بيعه وإلا فلا .

(فــرع) ذكرنا أن بيع الخمر باطل سواء باعها مسلم أو ذمى أو تبايعها ذميان ، أو وكل المسلم ذميا فى شرائها له ، فكله باطل بلا خلاف عندنا ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يوكل المسلم ذميا فى بيعها وشرائها ، وهذا فاسد منابذ للأحاديث الصحيحة فى النهى عن بيع الخمر .

(فــرع) بيع الخمر وسائر أنواع التصرف فيها حرام على أهل الذمة كما هو حرام على المسلم ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : لا يحرم ذلك عليهم قال المتولى : المسألة مبنية على أصل معروف فى الأصول وهو أن الكافر عندنا مخاطب بفروع الشرع ، وعندهم ليس بمخاطب وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة .

(فــرع) لو أتلف لغيره كلبا أو خنزيرا أو سرجينا أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغه أو غير ذلك من الأعيان النجسة ، لم تلزمه قيمته

بلا خلاف عندنا ، قال الماوردى : قال أصحابنا : لم يكن يعرف خلاف فى أنه لا قيمة على من أتلف كلبا معلما ، حتى قال به مالك .

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيع الكلب ، سواء كان معلما أو غيره ، وسواء كان جروا أو كبيرا ، ولا قيمة على من أتلفه ، وبهذا قال جماهير العلماء ، وهو مذهب أبى هريرة والحسن البصرى والأوزاعى وربيعة والحكم وحماد وأحمد وداود وابن المنذر وغيرهم ، وقال أبو حنيفة : يصح بيع جميع الكلاب التى فيها نفع وتجب القيمة على متلفه ، وحكى ابن المنذر عن جابر وعطاء والنخعى جواز بيع الكلب للصيد دون غيره ، وقال مالك : لا يجوز بيع الكلب ، وتجب القيمة على متلفه ، وإن كان كلب صيد أو ماشية وعنه رواية كمذهبنا ، ورواية كمذهب أبى حنيفة ، واحتج لمن جوز بيعه بالحديث المروى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ « أنه نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد » . وفى رواية « ثلاث كلهن سحت » فذكر « كسب الحجام ، ومهر البغى ، وثمن الكلب ، إلا كلب صيد » وعن عمر رضى الله عنه « أنه غرم رجلا عن كلب قتله عشرين بعيرا » وعن عبد الله بن عمرو بن العاص « أنه قضى فى كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما ، وقضى فى كلب ماشية بكبش » .

ولأنه حيوان يجوز الانتفاع به فأشبه الفهد ، ولأنه تجوز الوصية به والانتفاع به ، فأشبه الحمار . واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة فى النهى عن بيعه ، والنهى يقتضى الفساد ، فانه لا قيمة على متلفه ، فمن الأحاديث حديث أبى مسعود البدرى أن رسول الله ﷺ « نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغى وحلوان الكاهن » رواه البخارى ومسلم وعن أبى جحيفة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى ثمن الدم ، وعن ثمن الكلب ، ومهر البغى ، ولعن آكل الربا ، وموكله ، والواشمة ، والمستوشمة ، ولعن المصور » رواه البخارى . وعن رافع بن خديج رضى الله عنه قال : قال

رسول الله ﷺ : « كسب الحجام خبيث ، ومهر البغى خبيث ، وثمن الكلب خبيث » رواه مسلم ، وعن أبى الزبير قال : « سألت جابرا رضى الله عنه عن ثمن الكلب والسنور فقال : زجر النبى ﷺ عن ذلك » رواه مسلم وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « نهى النبى ﷺ عن ثمن الكلب ، وقال إن جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه ترابا » رواه أبو داود بإسناد صحيح .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا يحل ثمن الكلب ، ولا حلوان الكاهن ، ولا مهر البغى » رواه أبو داود بإسناد صحيح أو حسن . وعن ابن عباس قال : « رأيت رسول الله ﷺ خاليا عند الركن ، فرفع بصره إلى السماء فقال : لعن الله اليهود ثلاثا ، إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها ، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه » رواه أبو داود باسناد صحيح ، ولأنه حيوان نجس فلم يجز بيعه كالخنزير .

(وأما) الجواب عما احتجوا به من الأحاديث والآثار . فكلها ضعيفة باتفاق المحدثين ، وهكذا وضح الترمذى والدارقطنى والبيهقى ضعفها ، ولأنهم لا يفرقون بين المعلم وغيره ، بل يجوزون بيع الجميع ، وهذه الأحاديث الضعيفة فارقة بينهما ، والجواب عن قياسهم على الفهد ونحوه أنه طاهر بخلاف الكلب . والجواب عن قياسهم على الوصية أنها يحتمل فيها ما لا يحتمل فى غيرها ، ولهذا تجوز الوصية بالمجهول والمعدوم والآبق ، والله أعلم .

قال ابن المنذر : لا معنى لمن جوز بيع الكلب المعلم ؛ لأنه مخالف لما ثبت عن رسول الله ﷺ قال : ونهيه ﷺ عام يدخل فيه جميع الكلاب . قال : ولا يعلم خبر عارض الأخبار الناهية . يعنى خبرا صحيحا ؛ وقال

البيهقى : الإسناد المذكور فى كتاب الصيد ليس ثابتا فى الأحاديث الصحيحة، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فــرع) بيع الهرة الأهلية جائز بلا خلاف عندنا إلا ما حكاه البغوى فى كتابه فى شرح مختصر المزنى عن ابن القاص أنه قال : لا يجوز ، وهذا شاذ باطل مردود ، والمشهور جوازه ، وبه قال جماهير العلماء نقله القاضى عياض عن الجمهور ، وقال ابن المنذر : أجمعت الأمة على أن اتخاذه جائز ، ورخص فى بيعه ابن عباس وابن سيرين والحكم وحماد ومالك والثورى والشافعى وأحمد وإسحق وأبو حنيفة وســائر أصحاب الرأى ، قال : وكرهت طائفة بيعه ، منهم أبو هريرة ومجاهد وطاوس وجابر بن زيد ، قال ابن المنذر : إن ثبت عن النبى ﷺ النهى عن بيعه فبيعه باطل ، وإلا فجائز ، هــذا كلام ابن المنذر واحتج من منعه بحــديث أبى الزبير قال « سألت جابرا عن ثمن الكلب والسنور فقال : زجر النبى ﷺ عن ذلك » رواه مسلم .

واحتج أصحابنا بأنه طاهر منتفع به ، ووجد فيه جميع شروط البيع بالخيار فجاز بيعه كالحمار والبغل . والجواب عن الحديث من وجهين (أحدهما) جواب أبى العباس بن القاص وأبى سليمان الخطابى والقفال وغيرهم أن المراد الهرة الوحشية فلا يصح بيعها لعدم الانتفاع بها إلا على الوجه الضعيف القائل بجواز أكلهــا (والثانى) أن المراد نهى تنزيه ، والمراد النهى على العــادة بتسامح الناس فيه ، ويتعاورونه فى العــادة ، فهذان الجوابان هما المعتمدان (وأما) ما ذكره الخطابى وابن المنذر أن الحديث ضعيف فغلط منهما لأن الحديث فى صحيح مسلم بإسناد صحيح . وقول ابن المنذر : إنه لم يروه غير أبى الزبير عن حماد بن سلمة فغلط أيضا . فقد رواه مسلم فى صحيحه من رواية معقل بن عبيد الله عن أبى الزبير ، فهذان ثقتان روياه عن أبى الزبير ، وهو ثقة ، والله أعلم .

(فــرع) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير وشرائها ، قال : واختلفوا فى الانتفاع بشن [1] الخمر فمنعــه ابن سيرين والحكم وحماد والشافعى وأحمد وإسحق ، ورخص فيــه الحسن البصرى والأوزاعى ومالك وأبو حنيفة وأبو يوسف .

(فــرع) مذهبنا المشهور أن عظم الفيل نجس سواء أخذ منــه بعد ذكاته أو بعد موته ؛ ولنا وجه شاذ أن عظام الميتة طاهرة . وسبق بيانه فى باب الآنية ؛ وسبق فى باب الأطعمة وجه شاذ أن الفيل يؤكل لحمه ، فعلى هذا إذا ذكى كان عظمه طاهرا ، والمذهب نجاسته مطلقا ؛ ولا يجوز بيعه ولا يحل ثمنه . وبهذا قال طــاوس وعطــاء بن أبى رباح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأحمد وقال ابن المنذر ، ورخص فيه عروة بن الزبير وابن جريج ، قال ابن المنذر : مذهب من حرم هو الأصح .

(فــرع) بيع سرجين البهائم المــأكولة وغيرها وذرق الحمــام باطل ، وثمنه حرام . هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : يجوز بيع السرجين لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على بيعه من غير إنكار . ولأنه يجوز الانتفاع به فجــاز بيعه كسائر الأشياء . واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق أن النبىﷺ قال : « إن الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه » وهو حديث صحيح كما سبق بيانه قريبا . وهــذا عام إلا ما خرج بدليل كالحمار والعبد وغيرهما ؛ ولأنه نجس العين فلم يجز بيعه كالعذرة فانهم وافقوا على بطلان بيعها مع أنه ينتفع بها (وأما) الجواب عما احتجوا به فهو ما أجاب به المــاوردى أن بيعه إنما يفعله الجهــلة والأرذال فلا يكون ذلك حجة فى دين الإسلام (وأما) قولهم : إنه منتفع به فأشبه غيره . فالفرق أن هذا نجس بخلاف غيره .

---

(1) ظروف الخمر ينتفع بها عندنا ويبدو أن الشن لكونه جلدا يتشرب الخمر ويتخلله لذا جاء المنع منها . ط

(فـرع) جلد الميتة لا يجوز بيعه عندنا وعند الجمهور قبل الدباغ ، وجوزه أبو حنيفة ، ودليل المذهبين نحو ما سبق فى الفرع قبله ، وممن حكى بطلان بيعه عن الجمهور العبدرى فى أول كتاب الطهارة .

(فـرع) اتفق أصحابنا وغيرهم على أنه لو كان له كلاب فيهـا منفعة مباحة ككلب الصيد والزرع فمات قسمت بين ورثته ، كما يقسم السرجين وجلود الميتة وغير ذلك من النجاسات المنتفع بها .

(فـرع) الوصـية بالكلب المنتفع به ، والسرجين ونحـوها من النجاسات جائزة بالاتفاق ، وفى إجارة الكلب وهبته وجهان مشهوران (أصحهما) البطلان . وسنوضح كل ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى . ويورث الكلب بلا خلاف ، وممن نقل الاتفاق عليه الدارمى .

(فـرع) قال الدارمى : يجوز قسمة الكلاب وليست بيعا ، وقال البغوى فى كتابه شرح مختصر المزنى : إذا مات وخلف كلابا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم بالقيمة ، قال : وهذا ضعيف لأنه لا قيمة (والثانى) يقسم على طريق الانتفاع ، وقيل : على طريق نقل اليد (والثالث) لا يقسم بل يترك بين الورثة كما لو خلف ورثة وجوهرة لا تقسم ، بل تترك بينهم ، هذا ما حكاه البغوى (والأصح) أنها تقسم باعتبار قيمتها عندما يرى لها قيمة كما فى نظائره ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(فاما اقتناؤها فينظر فيه فان لم يكن فيها منفعة مباحة ، كالخمر والخنزير والميتة والعذرة لم يجز اقتناؤها لمـا روى أنس رضى الله عنه قال : « سأل رجل النبى ﷺ عن الخمر تصنع خلا ؟ فكرهه وقال : اهرقها » ولأن اقتناء مالا منفعة فيه سفه ، فلم يجز ، فان كان فيه منفعة مباحة كالكلب جاز اقتناؤه للصيد والماشية والزرع ، لما روى سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجـره كل يوم

قيراطان » وفي حديث ابى هريرة : « إلا كلب صيد او ماشية أو زرع » ولأن الحاجة تدعو إلى الكلب في هذه المواضع فجاز اقتناؤه ، وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدروس ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجوز للخبر (والثانى) يجوز ، لأنه حفظ مال فاشبه الزرع والماشية . وهل يجوز لمن لا يصطاد ان يقتنيه ليصطاد به إذا أراد ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز للخبر (والثانى) لا يجوز ، لأنه لا حاجة به إليه ، وهل يجوز اقتناء الجرو للصيد والماشية والزرع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه ليس فيه منفعة يحتاج إليها (والثانى) يجوز لأنه إذا جاز اقتناؤه للصيد جاز اقتناؤه لتعليم ذلك (واما) السرجين فانه يكره اقتناؤه وتربية الزرع لما فيه من مباشرة النجاسة) .

(**الشرح**) أما حديث أنس فرواه مسلم في صحيحه بمعناه عن أنس أن النبي ﷺ « سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال : لا » وفي الصحيح أحاديث كثيرة صريحة في إراقة الخمر (منها) حديث لأبي سعيد قال : سمعت رسول الله ﷺ قال : « يا أيها الناس إن الله يعرض بالخمر ، ولعل الله سينزل فيها فمن كان عنده منها شيء فليبعه ولينتفع به ، قال : فما لبثنا إلا يسيرا حتى قال رسول الله ﷺ إن الله حرم الخمر ، فمن أدركته هذه الآية وعنده منها شيء فلا يشربه ولا يبيعه ، فاستقبل الناس بما كان عندهم منها في طرق المدينة فسفكوها » رواه مسلم ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما « أن رجلا أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر فقال له رسول الله ﷺ : هل علمت أن الله قد حرمها ؟ قال لا فسارر إنسانا فقال له رسول الله ﷺ : بم ساررته ؟ قال : أمرته ببيعها ، فقال : إن الذى حرم شربها حرم بيعها ، ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها » رواه مسلم . وفي الصحيحين عن أنس « أنه لما نزل تحريم الخمر أمره أبو طلحة أن يريق الخمر التى كانت عندهم فأراقها » وعن أنس « أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمرا قال : أهرقها ، قال : أفلا أجعلها خلا ؟ قال : لا » رواه أبو داود بإسناد صحيح أو حسن .

(وأما) حديث ابن عمر وأبى هريرة فرواه البخارى ومسلم من طرق فى بعضها : « نقص من أجره كل يوم قيراطان » وفى بعضها : قيراط ، قال صاحب البحر : والقيراط عبارة عن جزء من عمله قال : واختلفوا فى المراد به فقيل : ينقص من ماضى عمله ، وقيل : من مستقبله قال : واختلفوا فى محل نقص القيراطين فقال : قيراط من عمل النهار ، وقيراط من عمل الليل ، وقيل : قيراط من عمل الفرض . وقيراط من عمل النفل ، هذا كلامه .

(وأما) اختلاف الرواية فى قيراط وقيراطين فقيل : يحتمل أنه لنوعين من الكلاب أحدهما أشد ضررا ، أو لمعنى فيهما ، أو يكون ذلك مختلفا باختلاف المواضع ، فيكون القيراطان فى المدينة خاصة لزيادة فضلها ، والقيراط فى غيرها ، أو القيراطان فى القرى والقيراط فى البرارى ، أو أنه فى زمنين . فذكر القيراط ثم زاد التغليظ فذكر قيراطان وقد أوضحت هذا مع سبب النقص وما يتعلق به فى شرح صحيح مسلم رضى الله عنه . والله سبحانه أعلم ، وسالم المذكور هو ابن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم والجرو — بكسر الجيم وفتحها — والكسر أفصح ، وحكى الجوهرى ضمها .

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) لا يجوز اقتناء الخنزير سواء كان فيه عدوى تعدو الناس أم لم يكن ، لكن إن كان فيه عدوى وجب قتله قطعا ، وإلا فوجهان (أحدهما) يجب قتله (والثانى) يجوز قتله ، ويجوز إرساله وهو ظاهر نص الشافعى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر كتاب السير ، وهناك نبسطها إن شاء الله تعالى ، وهذا الخلاف فى وجوب قتله كما ذكرنا ، وأما اقتناؤه فلا يجوز بحال ، كذا صرح به المصنف والرويانى وآخرون .

(الثانية) يكره اقتناء العذرة والميتة ، وقال المصنف ومن تبعه : لا يجوز ، وظاهره التحريم ، وليس هو على ظاهره بل هو محمول على كراهة التنزيه ، وقد سبق بيان مثل هذه العبارة فى باب الاستطابة فى قوله : لا يجوز أن يستنجى بيمينه •

(الثالثة) الخمر ضربان محترمة وغيرها وسبق بيانها فى باب إزالة النجاسة والمحترمة يجوز إمساكها ، وغير المحترمة يحرم إمساكها ، وسبق بيان هذا كله ودليله فى باب إزالة النجاسة •

(الرابعة) يكره اقتناء السرجين والوقود به وتربية الزرع والبقول لما ذكره المصنف وهى كراهة تنزيه وأشار الرويانى إلى وجه أنه مباح لا مكروه وسبق فى إزالة النجاسة بيان حكم الزرع والبقل النابت منه •

(الخامسة) قال الشافعى والأصحاب لا يجوز اقتناء الكلب الذى لا منفعة فيه . وحكى الرويانى عن أبى حنيفة جوازه دليلنا الأحاديث السابقة قال الشافعى والأصحاب : ويجوز اقتناء الكلب لنصيد أو الزرع أو الماشية بلا خلاف لما ذكره المصنف ، وفى جواز إيجاده لحفظ الدور والدروب وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الجواز وهو المنصوص فى المختصر ، قال الشافعى : لا يجوز اقتناء الكلب إلا للصيد أو ماشية أو زرع وما فى معناها • هذا نصه فى المختصر . قال القاضى حسين فى تعليقه وفى جواز إيجاده فى السفر لحراسة الوجهان (أصحهما) الجواز • وفى جواز تربية الجرو للصيد أو الزرع أو غيرهما مما يباح اقتناء الكبير له فيه وجهان مشهوران . ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الجواز •

ولو أراد إيجاد الكلب ليصطاد به إذا أراد ولا يصطاد به فى الحال أو ليحفظ الزرع أو الماشية إذا سارا له فوجهان (أصحهما) الجواز .

واتفق الأصحاب على أنه يجوز اقتناء الكلب الكبير لتعلم الصيد وغيره وإنما الوجهان فى الجرو (أما) إذا اقتنى كلب صيد ولا يريد أن يصطاد به فى الحال ولا فيما بعد فظاهر كلام الجمهور القطع بتحريمه ، وذكر صاحب الشامل أن الشيخ أبا حامد حكى عن القاضى أبى حامد فيه وجهين (أحدهما) يجوز لأنه كلب صيد ، وقد قال رسول الله ﷺ : « إلا كلب صيد » (وأصحهما) لا يجوز ، لأنه اقتناء لغير حاجة ، فأشبه غيره من الكلاب ، ومعنى الحديث إلا كلبا يصطاد به ، وممن حكى الوجهين صاحب البيان أيضا .

(فرع) أما اقتناء ولد الفهد فالمشهور جوازه كالقرد والفيل وغيرهما ، وحكى صاحب البحر فيه طريقين (المذهب) القطع بجوازه (والثانى) فيه وجهان حكاهما القاضى أبو على البندنيجى ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : الكلب العقور والكَلِب يقتلان للحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال : « خمس يقتلن فى الحل والحرم ، منها الكلب العقور » قال أصحابنا : وإن لم يكن الكلب عقورا ولا كلبا لم يجز قتله ، سواء كان فيه منفعة أم لا وسواء كان أسود أم لا وهذا كله لا خلاف فيه بين أصحابنا ، وممن صرح به القاضى حسين وإمام الحرمين ، قال إمام الحرمين : الأمر بقتل الكلب الأسود وغيره كله منسوخ ، فلا يحل قتل شىء منها اليوم لا الأسود ولا غيره إلا الكلب العقور .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا اصابتها نجاسة، فينظر فيها ، فإن كان جامدا كالثوب وغيره جاز بيعه لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر ، وإنما جاورته النجاسة ، وإن كان مائعا نظرت فإن كان مما لا يطهر كالخل والدبس — لم يجز بيعه لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة، فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة ، وإن كان ماء ، ففيه وجهان (احدهما)

لا يجوز بيعه لأنه نجس لا يطهر بالغسل ، فلم يجز بيعه كالخمر (والثانى) يجوز بيعه لأنه يطهر بالماء فاشبه الثوب . فإن كان دهنا فهل يطهر بالغسل ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يطهر ، لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل (والثانى) يطهر ، لأنه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب (فإن قلنا) لا يطهر لم يجز بيعه كالخل (وإن قلنا) : يطهر ففى بيعه وجهان كالماء النجس ، ويجوز استعماله فى السراج والأولى أن لا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة) .

(**الشرح**) قوله : لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل ، هذا تعليل فاسد لأنه يقتضى أن المنع من طهارة الخل ونحوه والدهن إنما هو لتعذر العصر ، وقد علم أن الصحيح أنه لا يشترط العصر فى طهارة المغسول من النجاسة ، بل التعليل الصحيح أنه لا يدخل الماء جميع أجزائه بخلاف الثوب ونحوه .

(**اما الاحكام**) ففيها مسائل :

(إحداها) إذا كانت العين متنجسة بعارض وهى جامدة كالثوب والبساط والسلاح والجلود والأوانى والأرض وغير ذلك ، جاز بيعها بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، ونقلوا فيه إجماع المسلمين قال أصحابنا : فإن تستر شىء من ذلك بالنجاسة الواردة ففيه القولان فى بيع الغائب .

(الثانية) إذا كانت العين الطاهرة المتنجسة بملاقاة النجاسة مائعة فينظر إن كانت لا يمكن تطهيرها كالخل واللبن والدبس والعسل والمرق ونحو ذلك لم يجز بيعها بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، ونقلوا فيه إجماع المسلمين ، وأما الصبغ النجس فالمشهور الذى قطع به الجمهور أنه لا يجوز بيعه كالخل ونحوه وشذ المتولى فحكم فيه طريقين (أحدهما) هذا (والثانى) أن فى جواز بيعه طريقين كالزيت النجس (أصحهما) لا يجوز لأنه لا يمكن تطهيره بخلاف الزيت على الوجه القائل بجواز بيعه وإنما يصبغ الناس به ثم يغسلون الثوب ، وممن حكى الوجه الشاذ

فى جواز بيع الصبغ النجس القاضى حسين والرويانى وطرده القــاضى حسين فى الخل المتنجس قال لأنه يصبغ به •

(الثالثة) هل يجوز بيع المــاء النجس ؟ فيه وجهــان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصــحهما) لا يجوز ، وبه قطع الغزالى فى البسيط . ؛ . الرويانى : وفيه طريق آخر وهو الجزم ببطلان بيعه لأنه لا يطهر بل يستحيل ببلوغه قلتين من صفة النجاسة إلى الطهارة كالخمر يتخلل •

(الرابعة) الدهن النجس ضربان ، ضرب نجس العين كودك الميتة فلا يجوز بيعه بلا خلاف ، ولا يطهر بالغسل (والضرب الثانى) متنجس بالمجاورة كالزيت والشيرج والسمن ودهن الحيوان وغيره ، فهذا كله هل يطهر بالغسل ؟ فيه وجهان مشهوران (أحدهمــا) يطهر كله (والثانى) لا يطهر ، ودليلهما فى الكتاب ، وفى المســألة وجه ثالث أنه يطهر الزيت ونحوه ، ولا يطهر السمن ، وممن ذكر هذا الوجه القــاضى أبو الطيب والرويانى وهو شاذ ؛ والصحيح عند الأصــحاب أنه لا يطهر شىء من الأدهان بالغسل وهو ظاهر نص الشافعى ؛ وبه قال أبو على الطبرى ، قال صاحب الحاوى وهو مذهب الشافعى وجمهور أصحابه (والوجه الثانى) يطهر الجميع بالغسل ، وهو قول ابن سريج وأبى إسحق المروزى واختاره الرويانى •

قال أصحابنا : (فان قلنا :) لا يطهر بالغسل لم يجز بيعه وجها واحدا • وإن قلنا : يطهر بالغسل ففى صحة بيعــه وجهان • (أصحهما) باتفاق الأصحاب لا يجوز بيعه ، وبه قال أبو إسحق المروزى وممن صححه القاضى أبو الطيب فى تعليقــه والمــاوردى والمتولى ، وقطع به البغوى . وهو المنصوص فى مختصر المزنى فى أول الباب الثالث من كتاب الأطعمة (والوجه الثانى) يجوز بيعه وهذا الوجه خرجه ابن سريج من بيع الثوب النجس •

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : هذا تخريج باطل ومخالف لنص الشافعى وإمام الحرمين فى النهاية ــ إن قلنا : يطهر الدهن الغسل ــ جاز بيعه قبل الغسل وجها واحدا كالثوب (وإن قلنا) لا يطهر فوجهان وهذا الترتيب غلط عند الأصحاب ومخالف للدليل ولنص الشافعى ، ولما اتفق عليه الأصحاب ، وإمام الحرمين والغزالى منفردان به ، فلا يعتد به ، ولا يغترن بقولهما ، والله تعالى أعلم .

(فــرع) إذا قلنا بالضعيف : إن الدهن يطهر بالغسل . وقد قال المــاوردى : طريقه أن يراق الدهن فى قلتين من المــاء ويحرك أشــد تحريك حتى يصل المــاء إلى جميــع أجزائه ، ولم يتعرض الجمهــور لاشتراط القــلتين (والصواب) أنه إن أورد الدهن على المــاء اشترط كون المــاء قلتين ، وإن أورد المــاء لم يشترط كونه قلتين ، بل يشترط فيه الغلبة للدهن كما فى غسل سائر النجاسات .

(فــرع) مما استدلوا به للمذهب من أن الدهن المتنجس لا يطهر بالغسل الحديث فى الفأرة تقع فى السمن ، فلم يأمر النبى ﷺ بالغسل مع نهيه عن إضاعة المــال .

(فــرع) نص الشافعى رحمه الله تعالى فى مختصر المزنى فى أول الباب الثالث من كتاب الأطعمة على جواز الاستصباح بالزيت النجس ، وبهذا قطع المصنف وسائر العراقيين وكثير من الخراسانيين وهو المذهب وذكر أكثر الخراسانيين فى جوازه قولين (أصحهما) جوازه (والثانى) تحريمه ، لأنه يؤدى إلى ملابسته وملابســة دخانه ، ودخانه نجس على الأصح ، والخلاف فى جواز الاستصباح جار فى الزيت النجس والسمن والشيرج وسائر الأدهان المتنجسة بعــارض ، وفى ودك الميتة أيضــا (والصحيح) فى الجميع جواز الاستصباح ، وقد سبقت المسألة واضحة فى آخر باب ما يجوز لبسه . قال إمام الحرمين ، أطلق الأئمة الخلاف فى

جواز الاستصباح ، وفيه تفصيل عندى فإن كان السراج الذى فيه الدهن النجس بعيدا بحيث لا يلقى دخانه المتنجس به فلست أرى لتحريم هذا وجها ، فان الانتفاع بالنجاسات لا يمنع ، وكيف يمنع مع تجويز تزبيل الأرض وتدميلها بالعذرة .

(قال) ولعل الخلاف فى جواز الاستصباح ناشىء من لحوق الدخان وفيه تفصيل نذكره (أما) رماد الأعيان النجسة فنجس على المذهب ، وفيه وجه ضعيف (وأما) دخان الأعيان النجسة إذا أحرقت وقلنا : رمادها نجس ففى دخانها وجهان (أصحهما) نجس ، وبه كان يقطع شيخى (وأما) الدهن النجس فى عينه كودك الميتة ففى دخانه الخلاف الذى ذكرناه (وأما) الدهن المتنجس بعارض فدخانه أجزاء الدهن ، وما وقع فيه ونجسه لا يختلط بالدخان فيظهر فى هذا الدخان الحكم بالطهارة ، فان الذى خالط الدهن يتخلف قطعا والدخان محض أجزاء الدهن ، قال : ولا يمنع على بعد أن يطرد الخلاف فى جواز الاستصباح ، وإن بعد السراج ، لأن هذا ممارس نجاسة مع الاستغناء عنها ، بخلاف التزبيل فانه لا يسد مسده شىء ، فكان فى حكم الضرورة . هذا آخر كلام الإمام .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى بيع الزيت النجس والسمن النجس . ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه لا يمكن غسله ، ولا يصح بيعه ، وبه قال مالك وأحمد وجماهير العلماء . وقال أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد : يمكن غسله ، ويجوز بيعه قبل غسله كالثوب النجس ، وكما يجوز الاستصباح به والوصية به ، والصدقة والهبة ، وقال داود : يجوز بيع الزيت دون السمن . وسبقت المسألة فى آخر كتاب الأطعمة ، واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق قريبا فى مسألة بيع الكلب أن النبى ﷺ قال : « إن الله إذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه » وهو حديث

صحيح كما سبق ، وبحديث الفأرة تقع فى السمن ، وقد سبق بيانه وإيضاح طرقه فى آخر باب الأطعمة ، وبالقياس على اللبن والخل ونحوهما إذا وقعت فيها نجاسة (والجواب) عن قياسهم على الثوب أنه يمكن غسله بالاجماع بخلاف الدهن ، ولأن المنفعة المقصودة بالثوب هى اللبس ، وهو حاصل مع أنه نجس ، والمنفعة المقصودة بالزيت الأكل ، وهو حرام (وأما) جواز الاستصباح به فلا يلزم منه جواز البيع ، كما أنه يجوز إطعام الميتة للجوارح ولا يجوز بيعها (وأما) الوصية به فمبناها على الرفق والمساهلة ، ولهذا احتملت أنواعا من الغرر (وأما) الصدقة فكالوصية . وكذلك الهبة إن صححناها . وفيها خلاف سنوضحه قريبا متصلا بهذا إن شاء الله تعالى .

(فرع) قال الروياني : قال أصحابنا : لا تجوز هبة الزيت النجس ولا التصدق به ، قال : وأرادوا بذلك على سبيل التمليك (فأما) على سبيل نقل اليد فيجوز كما قلنا فى الكلب . هذا كلام الروياني (وأما) قوله : بجواز نقل اليد فهو كما قال ، ولا يجيء فيه خلاف وأما تملكه بالهبة والصدقة فينبغي أن يكون على الوجهين فى الكلب ، وأولى بالجواز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الأعيان الطاهرة فضربان ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة (فأما) مالا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التى لا تصلح للاصطياد ، والطيور التى لا تؤكل ولا تصطاد ، كالرخمة والحداة وما لا يؤكل من الغراب ، فلا يجوز بيعه ، لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له ، فأخذ العوض عنه من اكل المال بالباطل وبذل العوض فيه من السفه) .

(**الشرح**) قد قدمنا أن شروط المبيع خمسة (أحدها) أن يكون منتفعا به ، وهذا شرط لصحة البيع بلا خلاف ، قال أصحابنا : ولعدم

المنفعة سببان (احدهما) القلة كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب ونحوهما . فان هذا القدر لا يعد مالا . قالوا : ولا ينظر إلى حصول النفع به إذا ضم إليه غيره ولا إلى ما قد يفرض من وضع الحبة فى فخ يصطاد به ، لأن هذه منفعة لا تقصد ، قال أصحابنا : ولا فرق فى هذا كله بين زمن الرخص والغلاء ، قال أصحابنا : ولا خلاف أنه لا يجوز اخذ هذه الحبة من صبرة الغير ، فان أخذها كان عاصيا ولزمه ردها ، فان تلفت فوجهان (الصحيح) أنه لا ضمان فيها إذ لا مالية لها (والثانى) وهو قول القفال : يلزمه ضمان مثلها لأنها مثلية ، وهذا الذى ذكرناه من بطلان بيع الحبة ونحوها مما لا منفعة فيه لقلته هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق وشذ المتولى فحكى وجها ضعيفا أنه يصح بيعه وليس بشىء (السبب الثانى) الحية كالحشرات فلا يجوز بيعها .

قال أصحابنا : الحيوان الطاهر المملوك من غير الآدمى قسمان (قسم) ينتفع به فيجوز بيعه كالإبل والبقر والغنم والخيل والبغال والحمير والظباء والغزلان والصقور والبزاة والفهود والحمام والعصافير والعقاب . وما ينتفع بلونه كالطاوس ، أو صوته كالزرزور والببغاء والعندليب ، وكذلك القرد والفيل والهرة ودود القز والنحل ، فكل هذا وشبهه يصح بيعه بلا خلاف ، لأنه منتفع به وهذا الذى ذكرناه من صحة بيع النحل هو إذا شاهده المتعاقدان فان لم يشاهدا جميعه ففيه تفصيل وخلاف . وسنوضحه فى الباب الذى بعد هذا إن شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف . قال أصحابنا : ويجوز بيع الجحش الصغير بلا خلاف ، لأنه يئول إلى المنفعة والله أعلم .

(القسم الثانى) من الحيوان ما لا ينتفع به فلا يصح بيعه وذلك كالخنافس والعقارب والحيات والديدان والفأرة والنمل وسائر الحشرات ونحوها . قال أصحابنا : ولا نظر إلى منافعها المعدودة من خواصها لأنها

منافع تافهة . قال أصحابنا : وفى معناها السباع التى لا تصلح للاصطياد ولا القتال عليها ، ولا تؤكل كالأسد والذئب والنمر والدب وأشباههـا فلا يصح بيعها لأنه لا منفعة فيها قال أصحابنا : ولا ينظر إلى اقتناء الملوك لها للهيبة والسياسة . هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجمهور الخراسانيين . وحكى القاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وجماعة آخرون من الخراسانيين وجها شاذا ضعيفا أنه يجوز بيع السباع لأنها طاهرة والانتفاع بجلودها بالدباغ متوقع . وضعفوا هذا الوجه بأن المبيع فى الحال غير منتفع به ، ومنفعة الجلد غير مقصودة . ولهذا لا يجوز بيع الجلدالنجس بالاتفاق وإن كان الانتفاع به بعد الدباغ ممكنا . والله أعلم .

قال الرافعى : ونقل أبو الحسن العبادى رحمه الله وجها أنه يجوز بيع النمل فى (عسكر مكرم) وهى المدينة المشهورة بالمشرق . قال : لأنه يعالج به السكر وبنصيبين لأنه يعالج به العقارب الطيارة . وهذا الوجه شاذ ضعيف (وأما) الحدأة والرخمة والنعامة والغراب الذى لا يؤكل فلا يجوز بيعها ، هكذا قطع به جماهير الأصحاب ، قال إمام الحرمين : إن كان فى أجنحة بعضها فائدة جاء فيها الوجه الســابق فى بيع السباع لجلودها ، قال الرافعى إنكارا على الإمام — بينهمـا فرق ، فإن الجلود تدبغ ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة (قلت :) وجـه الجواز على ضعفه الانتفاع بريشها فى النبل ، فانه وإن قلنا : بنجاسته يجوز الانتفاع به فى النبل وغيره من اليابسات ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) العلق وهو هذا الدود الأسود والأحمر الذى يخرج من المـاء ، وعادته أن يلقى على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه . هل يجوز بيعه ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع إمام الحرمين والغزالى والبغوى فى شرح المختصر وآخرون يجوز ، لأن فيه غرضا مقصودا وهو

امتصاصه الدم من العضو المتألم (والطريق الثانى) فيه وجهان وممن حكاه المتولى (أصحهما) يجوز (والثانى) لا ، لأنه حيوان مؤذ كالحية والعقرب .

(فـرع) اتفق أصحابنا على جواز بيع العبد الزمن ، لأنه ينتفع به للاعتاق فانه يثاب على عتقه بلا خلاف (وأما) الحمار الزمن والبغل الزمن فلا يجوز بيعهما على المذهب ، وبه قطع كثيرون وحكى القاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وغيرهم وجها أنه يجوز بيعه للانتفاع بجلده بعد الدباغ ، وهو الوجه السابق فى بيع السباع التى لا تصطاد .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(واختلف اصحابنا فى بيع دار لا طريق لها او بيع بيت من دار لا طريق إليه ، فمنهم من قال : لا يصح لانه لا يمكن الانتفاع به ، فلم يصح بيعه ، ومنهم من قال : يصح لانه يمكن ان يحصل له طريق فينتفع به فيصح بيعه) .

(**الشرح**) هذان الوجهان مشهوران (أصحهما) صحة البيع . قال أصحابنا الخراسانيون : لو باع أرضا معينة محفوفة بملك البائع من جميع الجوانب ـ فإن شرط للمشترى حق الممر من جانب واحد ولم يعينه ـ لم يصح البيع لاختلاف الغرض بالممر ، وإن شرط الممر من جانب معين صح البيع فان قال : بعتها بحقوقها صح البيع ، وثبت للمشترى حق الممر من كل جانب ، كما كان للبائع قبل البيع ، وإن أطلق بيعها ولم يتعرض للممر فوجهان (أصحهما) يصح ، ويكون كما لو قال : بعتكها بحقوقها (والثانى) أنه لا يقتضى الممر ، فعلى هذا هو كما لو صرح بنفى الممر ، وفيه وجهان (أصحهما) بطلان البيع لعدم الانتفاع فى الحال (والثانى) الصحة لإمكان تحصيل الممر .

وقال البغوى : إن أمكن تحصيل ممر صح البيع وإلا فلا ، قالوا : ولو كانت الأرض المبيعة ملاصقة للشارع صح البيع ، ومر البائع إليها

من الشارع ، وليس له سلوك ملك البائع ؛ لأن العادة فى مثلها الدخول من الشارع ، فحمل الإطلاق عليه ، وإن كانت ملاصقة ملك المشترى لم يكن المرور فيما بقى للبائع ، بل يدخل المشترى من ملكه القديم الملاصق وذكر إمام الحرمين فيه احتمالا قال : والصورة فيما إذا أطلق البيع (أما) إذا قال بحقوقها فله الممر فى ملك البائع .

(أما) إذا باع دارا واستثنى لنفسه بيتا فله الممر . لأن الممر كان ثابتا فبقى ، فان شرط نفى الممر ــ نظر إن أمكن إيجاد ممر ــ صح البيع ، وإلا فوجهان (أصحهما) بطلان البيع ؛ وبه قطع بعضهم . كمن باع ذراعا من ثوب تنقص قيمته بقطعه .

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(واما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه ، لمــا روى ابو هريرة رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ قال : « قال ربكم : ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته ، رجل اعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرا فاكل ثمنه، ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يوفه اجره ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى إلا قوله : ومن « كنت خصمه خصمته » وهذه الزيادة رواها أبو يعلى الموصلى فى مسنده باسناد ضعيف ، ومعنى أعطابى عاهد إنسانا بى ؛ وبيع الحر باطل بالإجماع .

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(ولا يجوز بيع ام الولد ، لما روى ابن عمــر رضى الله عنه ان النبى ﷺ « نهى عن بيع امهات الأولاد » ولأنه استقر لها حق الحرية [وفى بيعهــا إبطال ذلك فلم يجز]) .

(الشرح) حديث ابن عمر [1] .

(اما حكم المسالة) فقال الشافعى والأصحاب : لا يجوز بيع أم الولد ولا هبتها ولا رهنها ولا الوصية بهـا ، هكذا قطع به الأصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعى ؛ ونقل الخراسانيون أن الشافعى مثل القول فى بيعها فى القديم فقال جمهورهم : ليس للشافعى فيه اختلاف قول وإنما مثل القول إشارة إلى مذهب غيره ، وقال كثيرون من الخراسانيين للشافعى قول قديم أنه يجوز بيع أم الولد ، وممن حكاه صاحب التقريب ، والشيخ أبو على السنجى والصيدلانى ، والشيخ أبو محمد وولده إمام الحرمين ، والغزالى وغيرهم ، فعلى هذا القديم هل تعتق بموت السيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ؛ وبه قال صاحب التقريب وأبو على السنجى (وأصحهما) نعم ، قاله الشيخ أبو محمد والصيدلانى وغيرهما كالمدبر ، قال إمام الحرمين : وعلى هذا يحتمل أن تعتق من رأس المـال ، ويحتمل أن تعتق من الثلث ؛ قلت : الأقوى من رأس المـال ؛ لتـأكد حقهـا والله أعلم .

وإذا قلنا بالمذهب : إنه لا يجوز بيعها فقضى قاض بجوازه فطريقان (أحدهما) وهو الذى نقله أبو على السنجى فى شرح التخليص وإمـام الحرمين وصاحب البيان وغيرهم أن فى نقض قضائه وجهين (والثانى) أنه ينقض وجها واحدا ؛ وهو الذى نقله الرويانى عن الأصحاب كلهم ،

---

(1) بياض بالأصل وأول حديث ابن عمر أخرج معناه مالك فى الموطأ موقوفا على عمر وهو لا يخلو من أثر عن رسول الله ﷺ وذلك بلفظ : عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال : أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهى حرة » رواه الدارمى عن ابن عباس مرفوعا « اذا ولدت أمة الرجل منه فهى معتقة عن دبر منه أو بعده » ورواه أحمد وابن ماجه والحاكم والبيهقى وفيه الحسين بن عبد الله ضعيف جدا ، وقد رجح بعض الحفاظ وقفه على عمر وروى ابن ماجه والحاكم عن ابن عباس « ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال : أعتقها ولدها » واسناده ضعيف لكن له طريق عند قاسم بن أصبغ اسنادها جيد وفى كنز العمال نحو ثلاثة أحاديث قولية وعشرة من أعمال الصحابة . المطيعى

ولم يحك غيره ؛ قالوا : لأنه مجمع عليه الآن ؛ وما كان فيه من خلاف في القرن الأول فقد ارتفع وصار الآن مجمعا على بطلان بيعها ، والله أعلم . وقد حكى أصحابنا عن داود جواز بيعها مع قولهم : إنه مجمع على بطلانه الآن فكأنهم لم يعتدوا بخلاف داود وقد سبق أن الأصح أنه لا يعتد بخلافه ولا خلاف غيره من أهل الظاهر ؛ لأنهم نفوا القياس ؛ وشرط المجتهد أن يكون عارفا بالقياس وقالت الشيعة أيضا بجواز بيعها ، ولكن الشيعة لا يعتد بخلافهم ، والله سبحانه أعلم .

والمعتمد في تحريم بيع أم الولد ما رواه مالك والبيهقي وغيرهما بالأسانيد الصحيحة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه « أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد » وإجماع التابعين فمن بعدهم على تحريم بيعها ؛ وهذا على قول من يقول من أصحابنا : إن الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف . وحينئذ يستدل بهذا الثابت عن عمر بالإجماع على نسخ الأحاديث الثابتة في جواز بيع أم الولد (منها) حديث جابر قال : « بعنا أمهات الأولاد على عهد النبي ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا » رواه أبو داود باسناد صحيح ، وفي رواية قال « كنا نبيع سرارينا أمهات أولاد ، والنبي ﷺ حي ، لا يرى بذلك بأسا » رواه الدارقطني والبيهقي باسناد صحيح قال الخطابي وغيره : يحتمل أن بيعها كان مباحا في أول الإسلام ، ثم نهى عنه النبي ﷺ في آخر حياته ، ولم يشتهر ذلك النهي إلى زمن عمر ، فلما بلغ عمر النهي نهاهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع المدبر ، لما روى جابر رضي الله عنه « أن رجلا دبر غلاما له ليس له مال غيره ، فقال رسول الله ﷺ : من يشتريه مني ؟ فاشتراه نعيم [النحام] » .

(**الشرح**) حديث جابر صحيح رواه البخارى ومسلم ولفظه (عن جابر أن رجلا من الأنصار أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له غلام غيره ، فبلغ ذلك النبى ﷺ فقال : من يشتريه منى ؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه ، فقال جابر بن عبد الله : كان عبدا قبطيا مات عام أول) وفى رواية لمسلم « مات عام أول فى ولاية ابن الزبير » وفى رواية للبخارى عن جابر أن النبى ﷺ باع المدبر (قوله) : نعيم هو — بضم النون (وقوله) النحام — هو بنون مفتوحة ثم حاء مهملة مشددة ، ووقع فى بعض نسخ المهذب نعيم فقط ، وفى بعضها نعيم بن النحام ، وكذا وقع فى بعض روايات مسلم ، قالوا : وهو غلط ، وصوابه نعيم النحام ، فالنحام هو نعيم ، ومعنى النحام السعال ، وهو الذى يسعل ، وسمى بذلك لأن النبى ﷺ قال له : « سمعت نحمتك فى الجنة أى سعلتك » وقيل : هى النحنحة . وكل هذا صفة لنعيم لا لأبيه عبد الله ، وأسلم نعيم قديما بعد عشرة أنفس . وقيل ثمانية وثلاثين . وكان جوادا . واستشهد يوم أجنادين فى خلافة أبى بكر رضى الله عنه سنة ثلاث عشرة ، واسم هذا الغلام المدبر : يعقوب ، واسم سيده مدبره أبو مذكور والله أعلم .

(**اما حكم المسالة**) فمذهبنا جواز بيع المدبر ، سواء كان محتاجا إلى ثمنه أم لا . وسواء كان على سيده دين أم لا ، وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا هذا مذهبنا ، وبه قالت عائشة أم المؤمنين ومجاهد وطاوس وعمر بن عبد العزيز وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود وغيرهم ، وقال الحسن وعطاء : يجوز إذا احتاج إلى ثمنه سيده ، وقال أبو حنيفة : وإن كان تدبيرا مطلقا لم يجز ، وإن كان مقيدا بأن يقول : إن مت من مرضى هذا فأنت حر جاز ، وقال مالك: لا يجوز مطلقا ، وهو رواية عن أبى حنيفة ، وبه قال سعيد بن المسيب والشعبى والنخعى والزهرى والأوزاعى والثورى ، ونقله القاضى عياض عن جمهور العلماء من السلف وغيرهم

من أهل الحجاز والشام والكوفة . واحتجوا بالقياس على أم الولد واحتج أصحابنا بحديث جابر المذكور فى الكتاب ، وقد بيناه ، وبالقياس على الموصى بعتقه ، فانه يجوز بيعه بالإجماع والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويجوز بيع المعتق بصفة ، لأنه ثبت له العتق بقول السيد وحده ، فجاز بيعه كالمدبر ، وفى المكاتب قولان (قال) فى القديم : يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر ، فلا يمنع من البيع ، وقال فى الجديد : لا يجوز لأنه كالخارج من ملكه ولهذا لا يرجع ارش الجناية عليه إليه ، فلم يملك بيعه كما لو باعه . ولا يجوز بيع الوقف ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال ((أصاب عمر رضى الله عنه ارضا بخيبر فاتى النبى ﷺ يستأمره فيها فقال : إن شئت حبسـت اصـلها وتصدقت بها ، قال : فتصدق بها عمـر صـدقة لا يباع أصـلها ولا يوهب ولا يورث))) .

(**الشرح**) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم (وقوله) ثبت له العتق بقول السيد احتراز من فعله وهو الاستيلاد (وقوله) وحده احتراز من المكاتب ، وفى الفصل ثلاث مسائل :

(إحداها) بيع المعلق عتقه على صفة صحيح لا خلاف فيه ، لمـا ذكره المصنف ، وإنما قاسه على المدبر لأن النص ثبت فى المدبر وإلا لم يقل أحد ببطلان بيع المعلق عتقه على صفة ، وسواء كانت الصفة محققة الوجود كطلوع الشمس ، أو محتملة كدخول الدار ، والله سبحانه وتعالى أعـلم .

(الثانية) بيع العين الموقوفة باطل بلا خلاف عندنا ؛ سواء قلنا : إن الملك فيه لله تعالى أو للموقوف عليه ، أو باق على ملك الواقف .

(الثالثة) فى بيع السيد رقبة المكاتب قولان مشهوران ذكرهمـا

المصنف بدليلهما (الصحيح) باتفاق الأصحاب ، وهو نص الشافعى فى الجديد بطلانه ، وقطع به جماعة (والقديم) صحته ، قال أصحابنا : والقولان جاريان فى الهبة (فان قلنا) بالجديد فأدى المكاتب النجوم إلى المشترى فهل يعتق ؟ قال أصحابنا فيه الخلاف فيما لو باع السيد النجوم التى على المكاتب وقلنا بالمذهب : إنه لا يصح بيعه فأداها المكاتب إلى المشترى ، وللشافعى فيه نصان (نص) فى المختصر أنه يعتق بدفعها إلى المشترى (ونص) فى الأم أنه لا يعتق ، وللأصحاب فيه طريقان (المذهب) وبه قال الجمهور : إن المسألة على قولين (أحدهما) يعتق لأن السيد سلطه على القبض فأشبه الوكيل (وأصحهما) لا يعتق ، لأنه يقبض زاعما أنه يقبض لنفسه ، حتى لو تلف فى يده ضمنه ، بخلاف الوكيل ، وقال أبو إسحق المروزى : النصان على حالين ، فان قال بعد البيع : خذها منه أو قال للمكاتب : ادفعها إليه صار وكيلا وعتق بقبضه ، وإن اقتصر على البيع فلا ، وقيل : إن أبا إسحق عرض هذا الفرق على شيخه أبى العباس ابن سريج فلم يرتضه ، ولم يعبأ به ، وقال : هو وإن صرح بالإذن فانما يأذن بحكم المعاوضة لا الوكالة .

(فان قلنا) لا يعتق ، فما يأخذه المشترى يسلمه إلى السيد لأنا جعلناه كوكيله (فان قلنا :) لا يعتق طالب السيد المكاتب بالنجوم ، واستردها المكاتب من المشترى ، قال أصحابنا : (وإذا قلنا) بالجديد : إن بيع رقبة المكاتب باطل ، فاستخدمه المشترى مدة ، لزمه أجرة المثل للمكاتب ، وهل على السيد أن يمهله قدر المدة التى كان فيها فى يد المشترى ؟ فيه القولان المشهوران فيما إذا استخدمه السيد أو حبسه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(أما إذا قلنا) بالقديم : وإن بيع رقبة المكاتب صحيح ، ففى حكم الكتابة ثلاثة أوجه (الصحيح) الذى قطع به كثيرون أن الكتابة تبقى ،

وينتقل إلى المشترى مكانها ، فاذا أدى إليه النجوم عتق وكان الولاء للمشترى ، جمعا بين الحقوق (والثانى) يعتق بالأداء إلى المشترى ، ويكون الولاء للبائع ، ويكون انتقاله بالشرى كانتقاله بالإرث (والثالث) تبطل الكتابة بمجرد البيع فينتقل غير مكاتب ، وهذا ضعيف جدا والله سبحانه أعلم .

(فــرع) لو قال أجنبى لسيد المكاتب : أعتق مكاتبك على ألف ، أو أعتقه عنى على ألف ، أو مجانا فأعتقه نفذ العتق ، ولزمه الألف ، ويكون ذلك افتداء منه كاختلاع الأجنبى ، وكذا لو قال : أعتق مستولدتك . وستأتى المسألة مبسوطة مع نظائرهم فى كتاب الـكفارات عقيب كتاب الظهار حيث ذكرها المصنف إن شاء الله تعالى .

(فــرع) لا خلاف أنه لا يجوز للسيد بيع ما فى يد المكاتب من الأموال كما لا يعتق عبيده ولا يزوج إماءه والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى بيع العين الموقوفة .

ذكرنا أن مذهبنا بطلان بيعها سواء حكم بصحته حاكم أو لا ، وبه قال مالك وأحمد والعلماء كافة إلا أبا حنيفة ، فقال : يجوز بيعه ما لم يحكم بصحته حاكم .

(فــرع) فى مذاهبهم فى بيع رقبة المكاتب .

قد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا بطلانه ، وبه قال ربيعة وأبو حنيفة ومالك وهو قول ابن مسعود وقال عطاء والنخعى وأحمد : يجوز بيعه ، وهو رواية عن مالك واحتج من جوز بيع رقبة المكاتب بحديث عائشــة رضى الله عنها فى قصة بريرة « أنها كانت مكاتبة فاشترتها عائشة رضى الله عنها بإذن النبى ﷺ » رواه البخارى ومسـلم من طرق ، واحتج أصحابنا

للمنع بما ذكره المصنف والشافعي وغيره عن حديث بريرة بأنها رضيت هي وأهلها بفسخ الكتابة ثم باعوها •

(فـرع) ضبطوا ما به يجوز بيعه من الحيوان ، فكل حيوان طاهر منتفع به في الحال أو المـآل . ليس بحر ولم يتعلق به حق لازم ، يجوز بيعه واحترزوا بالطاهر عن النجس . وبالمنفعة عن الحشرات ، ونحوها . والحمار الزمن والسباع ، وبالمـآل كالجحش الصـغير ، وقولهم : لم يتعلق به حق احتراز من المرهون والموقوف وأم الولد والمكاتب والجاني ، وقولهم لازم احتراز من المدبر ، والمعلق عتقه ، والموصى به •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المنتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والمشموم وما ينتفع به من الحيوان بالركوب والأكل والدر والنسـل والصيد والصوف ، وما يقتنيه الناس من العبيد والجواري والأراضي والعقار • لاتفاق اهل الأمصار في جميع الأعصار على بيعها من غير إنكار ، ولا فـرق فيها بين ما كان في الحرم من الدور وغيره ، لما روى ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه « امر نافع بن عبد الحرث ان يشترى دارا بمكة للسجن من صـفوان ابن امية فاشتراها باربعة آلاف درهم » ولأنه أرض حية لم يرد عليها صدقة مؤبدة فجاز بيعها كغير الحرم) •

(**الشرح**) هذا الأثر عن عمر مشهور ، رواه البيهقي وغيره ونافع هذا صحابي ، هكذا قاله الجمهور ، وأنكر الواقدي صحبته والصواب المشهور صحبته ، وهو خزاعي أسلم يوم فتح مكة ، وأقام بمكة وكان من فضلاء الصحابة ، واستعمله عمر بن الخطاب على مكة والطائف ، وفيهما سادات قريش وثقيف والله تعالى أعلم •

وصفوان بن أمية صحابي مشهور ، وهو أبو وهب ، وقيل : أبو أمية صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حزامة بن جمح القرشي الجمحي

المكى . أسلم بعد شهوده حنينا كافرا . وكان من المؤلفة . وشهد اليرموك . توفى بمكة سنة اثنتين وأربعين ، وقيل : توفى فى خلافة عمر وقيل : عام الجمل سنة ست وثلاثين (وقوله) لأنه أرض حية ، هكذا هو فى النسخ • والضمير عائد إلى البيع (وقوله) أرض حية احتراز من الموات (وقوله) لم يرد عليها صدقة مؤبدة احتراز من العين الموقوفة •

(اما الاحكام) ففيها مسألتان :

(إحداهما) أن الأعيان الطاهرة المنتفع بها التى ليست حرا ولا موقوفا ولا أم ولد ولا مكاتبة ولا مرهونا ولا غائبا ولا مستأجرة يجوز بيعها بالإجماع ، لما ذكره المصنف ، سواء المأكول والمشروب والملبوس والمشموم والحيوان المنتفع به ، بركوبه أو صوته أو صوفه أو دره أو نسله كالعندليب والببغاء أو بحراسته كالقرد ، أو بركوبه كالفيل أو بامتصاصه الدم وهو العلق ، وفى معناه دود القز وغير ذلك ، مما سبق بيانه . فكل هذا يصح بيعه •

(والثانية) يجوز بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم ويجوز إجارتها وهى مملوكة لأصحابها يتوارثونها ويصح تصرفهم فيها بالبيع وغيره من التصرفات المفتقرة إلى الملك ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم وإجارتها ورهنها ، مذهبنا جوازه ، وبه قال عمر بن الخطاب وجماعات من الصحابة ومن بعدهم ، وهو مذهب أبى يوسف وقال الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة : لا يجوز شىء من ذلك ، والخلاف فى المسألة مبنى على أن مكة فتحت صلحا أم عنوة ؟ فمذهبنا أنها فتحت صلحا ، فتبقى على ملك أصحابها فتورث وتباع وتكرى وترهن . ومذهبهم أنها فتحت عنوة فلا يجوز شىء من ذلك •

واحتج هؤلاء بقوله تعالى : (والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد) [1] قالوا : والمراد بالمسجد جميع الحرم لقوله سبحانه وتعالى (سبحان الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام) [2] أى من بيت خديجة . وبقوله تعالى : (إنما أمرت أن أعبد رب هذه البلدة الذى حرمها) [3] قالوا : والمحرم لا يجوز بيعه ، وبحدبث إسماعيل [4] ابن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله ﷺ : (مكة مباح لا تباع رباعها ولا تؤجر بيوتها) رواه البيهقى . وبحديث عائشة رضى الله عنها قالت (قلت يا رسول الله ألا نبنى لك بيتا أو بنـاء يظلك من الشمس ؟ قال : لا إنما هو مباح لمن سـبق إليه) رواه أبو داود .

وعن أبى حنيفة عن عبد الله بن أبى زياد عن أبى نجيح عن عبد الله بن عمرو قال (قال رسول الله ﷺ : مكة حرام ، وحرام بيع رباعها وحرام أجر بيوتها) وعن عثمان بن أبى سليمان عن علقمة بن نضـلة الكنانى قال : « كانت بيوت مكة تدعى السوائب لم تبع رباعها فى زمان رسول الله ﷺ ولا أبى بكر ولا عمر ، من احتاج سكن ، ومن استغنى أسكن » رواه البيهقى ، وبالحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال « منى مباح لمن سبق » وهو حديث صحيح سبق بيانه فى كتاب الجنائز فى باب الدفن ، قالوا : ولأنها بقعة من الحرم فلا يجوز بيعها وإجارتها كنفس المسجد الحرام . واحتج الشافعى والأصحاب لمذهبنا بقوله تعالى : (للفقراء المهاجرين الذين

---

(1) الآية ١٢٥ من سورة الحج .

(2) الآية الاولى من سورة الاسراء .

(3) من سورة النمل الآية ٩١

(4) فى ش و ق مهاجر بن عبد الله وهو خطأ وانما هو اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر بن جابر البجلى الكوفى وهو ضعيف وابوه صدوق فيه لين من قبل حفظه . المطيعى

أخرجوا من ديارهم)[1] والإضافة تقتضى الملك (فان قيل) قد تكون الإضافة لليد والسكنى لقوله تعالى : (وقرن فى بيوتكن)[2] ؟ (فالجواب) أن حقيقة الإضافة تقتضى الملك . ولهذا لو قال : هذه الدار لزيد حكم بملكها لزيد ، ولو قال : أردت به السكنى واليد لم يقبل .

واحتجوا أيضا بحديث أسامة بن زيد أنه قال : (أين تنزل من دارك فى مكة ؟ فقال : وهل ترك لنا عقيل من دار ؟ وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب ، ولم يرثه جعفر ولا على لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل وطالب كافرين) رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما قال أصحابنا : فهذا يدل على إرث دورها والتصرف فيها . وعن أبى هريرة رضى الله عنه فى قصة فتح مكة قال : (فجاء أبو سفيان فقال : يا رسول الله أبيدت خضراء قريش ، لا قريش بعد اليوم . فقال رسول الله ﷺ : من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ومن ألقى سلاحه فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن) رواه مسلم وبالأثر المشهور فى سنن البيهقى وغيره (أن نافع بن عبد الحرث اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب رضى الله عنه بأربعمائة ، وفى رواية بأربعة آلاف) وروى الزبير بن بكار وغيره (أن حكيم بن حزام باع دار الندوة بمكة من معاوية بن سفيان بمائة ألف ، فقال له عبد الله بن الزبير : يا أبا خالد بعت مأثرة قريش وكريمتها ؟ فقال هيهات ذهبت المكارم ، فلا مكرمة اليوم إلا الإسلام ، فقال : اشهدوا أنها فى سبيل الله تعالى يعنى الدراهم) ومن القياس أنها أرض حية ليست موقوفة فجاز بيعها كغيرها .

وروى البيهقى باسناده عن إبراهيم بن محمد الكوفى قال : « رأيت الشافعى بمكة يفتى الناس ، ورأيت إسحق بن راهوية وأحمد بن حنبل

---

(١) من الآية ٨ من سورة الحشر .

(٢) من الآية ٣٣ من سورة الأحزاب .

حاضرين فقال أحمد لإسحق : تعال حتى أريك رجلا لم تر عيناك مثله ، فقال إسحق : لم تر عيناى مثله ؟ فقال نعم : فجاء به فوقفه على الشافعى فذكر القصة إلى أن قال ثم تقدم إسحق إلى مجلس الشافعى فسأله عن كراء بيوت مكة ؛ فقال الشافعى : هو عندنا جائز ، قال رسول الله ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار ؟ » فقال إسحق : حدثنا يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن أنه لم يكن يرى ذلك وعطاء وطاووس لم يكونا يريان ذلك . فقال الشافعى لبعض من عرفه : من هذا ؟ قال : هـذا إسحق بن راهوية الحنظلى الخراسانى ؛ فقال له الشـافعى : أنت الذى يزعم أهل خراسان أنك فقيههم ؟ قال إسحق : هكذا يزعمون قال الشافعى: ما أحوجنى أن يكون غيرك فى موضعك فكنت آمر بفراك أذنيـه ، أنا أقول : قال رسول الله ﷺ وأنت تقول قال طاوس والحسن وإبراهيم ! هؤلاء لا يرون ذلك ؟ وهل لأحد مع النبى ﷺ حجة ؟ وذكر كلاما طويلا .

ثم قال الشافعى : قال الله تعالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم » (١) أفتنسب الديار إلى مالكين أو غير مالكين ؟ فقال إسحق . إلى مالكين قال الشافعى : قول الله أصدق الأقاويل ، وقد قال رسول الله ﷺ : من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ، وقد اشترى عمر بن الخطـاب رضى الله عنه دار الحجامين وذكر الشافعى له جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ فقال له إسحق : سواء العاكف فيه والباد ، فقال الشافعى : قال الله تعالى (والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد) (٢) والمراد المسجد خاصة ، وهو الذى حول الكعبة ، ولو كان كما تزعم لكان لا يجوز لأحد أن ينشد فى دور مكة وفجاجها ضالة ، ولا ينحر فيها البدن ، ولا يلقى

---

(١) الآية ٨ من سورة الحشر .

(٢) الآية ١٥ من سورة الحج .

فيها الأرواث ، ولكن هذا فى المسجد خاصة فسكت إسحق ولم يتكلم .
فسكت عنه الشافعى .

(وأما) الجواب عن أدلتهم فالجواب عن قوله تعالى : « سواء العاكف فيه والباد » سبق الآن فى كلام الشافعى (وأما) قوله تعالى « هذه البلدة الذى حرمها » [1] فمعناه حرم صيدها ، وشجرها ، وخلاها ، والقتال فيها ، كما بينه النبى ﷺ فى الأحاديث الصحيحة ، ولم يذكر شىء منها مع كثرتها فى النهى عن بيع دورها (وأما) حديث إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه فضعيف باتفاق المحدثين . واتفقوا على تضعيف إسماعيل وأبيه إبراهيم (وأما) حديث عائشة رضى الله عنها . فان صح كان محمولا على الموات من الحرم . وهو ظاهر الحديث (وأما) حديث أبى حنيفة فضعيف من وجهين (أحدهما) ضعف إسناده فان ابن أبى زياد هذا ضعيف (والثانى) أن الصواب فيه عند الحفاظ أنه موقوف على عبد الله بن عمرو . وقالوا : رفعه وهم . هكذا قاله الدارقطنى وأبو عبد الرحمن السلمى والبيهقى (وأما) حديث عثمان بن أبى سليمان فجوابه من وجهين (أحدهما) جواب البيهقى أنه منقطع (والثانى) جواب البيهقى أيضا والأصحاب أنه إخبار عن عادتهم فى إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم بالإعارة تبرعا وجودا ، وقد أخبر من كان أعلم بشأن مكة منه بأنه جرى الإرث والبيع فيها (وأما) حديث (منى مباح لمن سبق) فمحمول على مواتها ومواضع نزول الحجيج منها (وأما) الجواب عن قياسهم على نفس المسجد فمردود لأن المساجد محرمة محررة ، لا تلحق بها المنازل المسكونة فى تحريم بيعها ، ولهذا فى سائر البلاد يجوز بيع الدور دون المساجد والله سبحانه أعلم .

---

(١) من الآية ٩١ من سورة النمل .

(فـرع) قال الرويانى فى البحر فى باب بيع الكلاب : لا يكره بيع شىء من الملك الطلق إلا أرض مكة ، فانه يكره بيعها وإجارتها للخلاف وهذا الذى ادعاه من الكراهة غريب فى كتب أصـحابنا . والأحسن أن يقال : هو خلاف الأولى . لأن المكروه ما ثبت فيـه نهى مقصود ، ولم يثبت فى هذا نهى .

(فـرع) قال الرويانى والأصحاب : هذا الذى ذكرناه من اختلاف العلماء فى بيع دور مكة وغيرها من الحرم هو فى بيع نفس الأرض (فأما) البناء فهو مسلوك يجوز بيعه بلا خلاف .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب ، لمـا روى عن ابن عباس رضى الله عنه ، أنه سئل عن بيع المصاحف ، فقال : لا بأس ياخذون اجور ايديهم. ولانه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال) .

(الشرح) اتفق أصحابنا على صحة بيع المصحف وشرائه وإجارته ونسخه بالأجرة ، ثم إن عبارة المصنف والدارمى وغيرهما أنه يجوز بيعه . وظاهر هذه العبارة أنه ليس بمكروه ، وقد صرح بعدم الكراهة الرويانى ، والصحيح من المذهب أن بيعه مكروه ، وهو نص الشـافعى فى كتاب اختلاف على وابن مسعود ، وبه قطع البيهقى فى كتابه السنن الكبير ، ومعرفة السنن والآثار ، والصيمرى فى كتابه الإيضاح وصاحب البيان ، فقال : يكره بيعه . قال : وقيل : يكره البيع دون الشراء . هذا تفصيل مذهبنا ، وروى الشافعى والبيهقى باسناده الصحيح عن ابن مسعود أنه كره شرى المصحف وبيعه . قال الشافعى : ولا يقول أبو حنيفة وأصحابه بهذا ، بل لا يرون بأسا ببيعه وشرائه . قال : ومن الناس من لا يرى بأسا بالشراء . قال الشافعى : ونحن نكره بيعها .

وقال ابن المنذر فى الإشراف : اختلفوا فى شراء المصحف وبيعه فروى عن ابن عمر أنه شدد فى بيعه ، وقال : وددت أن الأيدى تقطع فى بيع المصاحف . قال : وروينا عن أبى موسى الأشعرى كراهة ذلك . قال : وكره بيعها وشراءها علقمة وابن سيرين والنخعى وشريح ومسروق وعبد الله بن يزيد ، ورخص جماعة فى شرائها ، وكرهوا بيعها . روينا هذا عن ابن عباس وسعيد بن جبير وإسحق وقال أحمد : الشرى أهون . وما أعلم فى البيع رخصة قال : ورخصت طائفة فى بيعه وشرائه منهم الحسن وعكرمة والحكم وروى البيهقى باسناده عن ابن عباس ومروان ابن الحكم أنهما سئلا عن بيع المصاحف للتجارة فقالا : لا نرى أن نجعله متجرا ولكن ما عملت بيديك فلا بأس به . وعن مالك بن أنس أنه قال : لا بأس ببيع المصحف وشرائه . وعن ابن عباس باسناد ضعيف : « أشتر المصحف ولا تبعه » وباسناد صحيح عن سعيد بن جبير « اشتره ولا تبعه » وعن عمر أنه قال : « كان يمر بأصحاب المصاحف فيقول : بئس التجارة » وباسناد صحيح عن عبد الله بن شقيق التابعى المجمع على جلالته وتوثيقه قال : « وكان أصحاب رسول الله ﷺ يكرهون بيع المصاحف » .

قال البيهقى : وهذه الكراهة على وجه التنزيه تعظيما للمصحف عن أن يبذل بالبيع ، أو يجعل متجرا قال : وروى عن ابن مسعود الترخيص فيه ، وإسناده ضعيف ، قال : وقول ابن عباس اشتر المصحف ولا تبعه : إن صح عنه . يدل على جواز بيعه مع الكراهة والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز بيع كتب الحديث والفقه واللغة والأدب والشعر المباح المنتفع به وكتب الطب والحساب وغيرهما : مما فيه منفعة مباحة . قال أصحابنا : ولا يجوز بيع كتب الكفر : لأنه ليس فيها منفعة مباحة بل يجب إتلافها . وقد ذكر المصنف المسألة فى أواخر كتاب السير . وهكذا كتب التنجيم والشعبذة والفلسفة وغيرها من العلوم

الباطلة المحرمة ، فبيعها باطل ، لأنه ليس فيها منفعة مباحة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف اصحابنا فى بيع بيض دود القز ، وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور التى يجوز بيعها ، كالصقر والبازى ، فمنهم من قال : هو طاهر ، ومنهم من قال هو نجس ، بناء على الوجهين فى طهارة منى مالا يؤكل لحمه ونجاسته (فان قلنا) إن ذلك طاهر جاز بيعه ، لأنه طاهر منتفع به ، فهو كبيض الدجاج (وإن قلنا) إنه نجس لم يجز بيعه ، لأنه عين نجسة فلم يجز بيعه كالكلب والخنزير) .

(الشرح) اتفق أصحابنا على جواز بيع دود القز ، لأنه حيوان طاهر منتفع به . فهو كالعصفور والنحل وغيرهما (وأما) بيض دود القز وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور ففيه وجهان مشهوران (أصحهما) صحة البيع (والثانى) بطلانه ، وهما مبنيان على طهارته ونجاسته ، وفيها وجهان كمنى ما لا يؤكل . وقد سبق بيان الخلاف فى باب إزالة النجاسة وأن الأصح طهارته (وأما) قول المصنف من الطيور التى يجوز بيعها فزيادة لا تعرف للأصحاب ، بل الصواب المعروف أنه لا فرق بين ما لا يؤكل لحمه كالرخمة وغيرها ، وفى الجميع الوجهان (أصحهما) جواز بيعه . لأن الخلاف مبنى كما ذكر المصنف والأصحاب — على طهارة هذا البيض ونجاسته ، والخلاف فيه شامل لما يجوز بيعه وغيره ، والله تعالى أعلم .
وحكى المتولى عن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيع دود القز ولا بيضه .

فروع فى مسائل مهمة تتعلق بالباب

(فرع) بيع لبن الآدميات جائز عندنا لا كراهة فيه ، هذا هو المذهب وقطع به الأصحاب إلا الماوردى والشاشى والرويانى ، فحكوا وجها شاذا عن أبى القاسم الأنماطى من أصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه ،

وإنما يربى به الصغير للحاجة ، وهذا الوجه غلط من قائله . وقد سبق بيانه فى باب إزالة النجاسة فالصواب جواز بيعه ، قال الشيخ أبو حامد هكذا قاله الأصحاب قال : ولا نص للشافعى فى المسألة . هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة ومالك لا يجوز بيعه ، وعن أحمد روايتان كالمذهبين ، واحتج المانعون بأنه لا يباع فى العادة ؛ وبأنه فضلة آدمى فلم يجز بيعه ، كالدمع والعرق والمخاط ؛ وبأن ما لا يجوز بيعه متصلا لا يجوز بيعه منفصلا ، كشعر الآدمى ؛ ولأنه لا يؤكل لحمها فلا يجوز بيع لبنها كالأتان .

واحتج أصحابنا بأنه لبن طاهر منتفع به ، فجاز بيعه كلبن الشاة ، ولأنه غذاء للآدمى فجاز بيعه كالخبز (فان قيل) هذا منتقض بدم الحيض فإنه غذاء للجنين ولا يجوز بيعه قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : (فالجواب) أن هذا ليس بصحيح ولا يتغذى الجنين بدم الحيض . بل يولد وفمه مسدود لا طريق فيه لجريان الدم ؛ وعلى وجهه المشيمة . ولهذا أجنة البهائم تعيش فى البطون ولا حيض لها . ولأنه مائع يحل شربه فجاز بيعه كلبن الشاة قال الشيخ أبو حامد : (فان قيل) ينتقض بالعرق (قلنا) لا نسلم بل يحل شربه (وأما) الجواب عن قولهم لا يباع فى العادة ، فانه لا يلزم من عدم بيعه فى العادة أن لا يصح بيعه ، ولهذا يجوز بيع بيض العصافير ، وبيع الطحال ، ونحو ذلك مما لا يباع فى العادة (والجواب) عن القياس على الدمع والعرق والمخاط أنه لا منفعة فيها بخلاف اللبن ، وعن البيض بأنه لا يجوز الانتفاع به بخلاف اللبن ، وعن لبن الأتان بأنه نجس بخلاف الآدمية ، والله تعالى أعلم .

(فرع) فى بيع القينة بفتح القاف : وهى الجارية المغنية ، فاذا كانت تساوى ألفا بغير غناء وألفين مع الغناء ، فان باعها بألف صح البيع بلا خلاف وإن باعها بألفين ففيها ثلاثة أوجه ذكرها إمام الحرمين وغيره

(أصحها) يصح بيعها ، وبه قال أبو بكر الأزدى : لأنها عين طاهرة منتفع بها فجاز بيعها بأكثر من قيمتها ، كسائر الأعيان (والثانى) لا يصح . قاله أبو بكر المحمودى من أصحابنا : لأن الألف تصير فى معنى المقابل للغناء (والثالث) إن قصد الغناء بطل البيع وإلا فلا . قال الشيخ أبو زيد المروذى : قال إمام الحرمين : القياس السديد هو الجزم بالصحة ذكره فى فروع مبتورة عند كتاب الصداق (وأما) الحديث الذى يروى عن على بن يزيد عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبى أمامة عن رسول الله ﷺ قال : « لا تبيعوا القينات ولا تشتروهن ولا تعلموهن ، ولا خير فى تجارة فيهن ، وثمنهن حرام » وفى مثل هذا أنزلت هذه الآية : (ومن الناس من يشترى لهو الحديث)[1] رواه بهذا الإسناد الترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم ، واتفق الحفاظ على أنه ضعيف لأن مداره على على بن يزيد وهو ضعيف عند أهل الحديث ضعفه أحمد بن حنبل وسائر الحفاظ : قال البخارى : هو منكر الحديث ، وقال النسائى : ليس هو ثقة ، وقال أبو حاتم : ضعيف الحديث : أحاديثه منكرة وقال يعقوب بن أبى شيبة : هو واهى الحديث : قال الترمذى فى تعليقه : هذا الحديث لا نعرفه[2] إلا من هذا الوجه ، وعلى بن يزيد تكلم فيه بعض أهل العلم وضعفه . ونقل البيهقى عن الترمذى يعنى من كتاب العلل له قال : سألت البخارى عن هذا الحديث فقال : على بن يزيد ذاهب الحديث . قال البيهقى : وروى عن ليث بن أبى سليم عن عبد الرحمن بن سابط عن عائشة وليس بمحفوظ وخلط فيه ليث .

---

(١) من الآية ٦ من سورة لقمان .

(٢) كذا فى ش و ق والذى فى سنن الترمذى بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى رحمه الله وفى غيرها هكذا قال أبو عيسى : حديث أبى أمامة انما نعرفه مثل هذا من هذا الوجه وقد تكلم بعض أهل العلم فى على بن يزيد وضعفه وهو شامى . (ط)

(فــرع) الكبش المتخذ للنطاح ، والديك المتخذ للهراش بينه وبين غيره حكمه فى البيع حكم الجارية المغنية فان باعه بقيمته ساذجا جاز ، وإن زاد بسبب النطاح والهراش ففيه الأوجه الثلاثة (أصحها) صحة بيعه ، وممن ذكر المسألة القاضى حسين وآخرون ، وأما قول الغزالى فى الوسيط فى أول كتاب البيع : (فى بيع القينة والكبش الذى يصلح للنطاح كلام سنذكره) فلم يذكره فى الوسيط ، وكأنه نوى أن يذكره حيث ذكره شيخه إمام الحرمين عند كتاب الصداق ثم نسيه حين وصله •

(فــرع) بيع إناء الذهب أو الفضة صحيح قطعا . لأن المقصود عين الذهب والفضة ، وقد سبقت المسألة فى باب الآنية •

(فــرع) بيع المــاء المملوك صحيح على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وستأتى تعاريفه إن شاء الله تعالى فى إحياء الموات • فاذا صححنا بيع المــاء ففى بيعه على شط النهر مع التمكن من الأخذ من النهر وبيع التراب فى الصحراء وبيع الحجارة بين الشعاب الكبيرة الأحجار وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) جوازه ، وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين لأنه وجد فيه جميع شرائط المبيع ، وإنما الاستغناء عنه لكثرته ، وذلك لا يمنع صحة البيع (والثانى) بطلانه ، لأن بذل المــال فيه والحالة هذه سفه ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) قال أصحابنا : السم إن كان يقتل كثيره وينفع قليله كالسقمونيا والأفيون جاز بيعه بلا خلاف ، وإن قتل قليله وكثيره فالمذهب بطلان بيعه وبه قطع الجمهور ، ومال إمام الحرمين ووالده إلى الجواز ليدس فى طعام الكافر [1] •

---

(1) السموم اليوم ومشتقاتها تستعمل فى أغراض كثيرة لمصلحة الانسان منها ما يستعمل للتداوى من الظاهر ومنها ما يستعمل للنظافة وازالة الأوساخ كالمساحيق المنظفة ، ومنها ما يستعمل لابادة الهوام والحشرات المؤذية والتى تنقل الجراثيم والمواد القذرة الى الطعام والشراب فهى مباحة من حيث الصناعة والبيع والشراء • المطيعى

(**فـرع**) آلات الملاهى كالمزمار والطنبور وغيرهما إن كانت بحيث لا تعد بعد الرض والحل مالا لم يصح بيعها ؛ لأنه ليس فيها منفعة شرعا ، هكذا قطع به الأصحاب فى جميع الطرق إلا المتولى والرويانى فحكيا فيه وجها أنه يصح البيع ، وهو شاذ باطل ، وإن كان رضاضها يعد مالا ففى صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والفضة وغيرها ثلاثة أوجه (أصحها) البطلان وبه قطع كثيرون (والثانى) الصحة (والثالث) وهو اختيار القاضى حسين فى تعليقه والمتولى وإمام الحرمين والغزالى أنه إن اتخذ من جوهر نفيس صح بيعها ، وإن اتخذ من خشب ونحوه فلا . قال الرافعى والمذهب البطلان مطلقا ، قال : وبـه قطع عامة الأصحاب ، والله تعالى أعلم .

(**فـرع**) قال القاضى حسين والمتولى والرويانى وغيرهم : يكره بيع الشطرنج قال المتولى . وأما الخرز فإن صلح لبيادق [1] الشطرنج فكالشطرنج وإلا فكالمزمار .

(**فـرع**) قال المتولى لبن الأضحية المعينة يتصدق به على الفقراء فى الحال ويجوز لهم بيعه قال وكذا لبن صيد الحرم إذا أبحنا للفقراء شربه ، ويجوز لهم بيعه لأنه طاهر منتفع به .

(**فـرع**) يجوز بيع المشاع كنصف من عبد أو بهيمة أو ثوب أو خشبة أو أرض أو شجرة أو غير ذلك بلا خلاف سواء كان مما ينقسم أم لا ، كالعبد والبهيمة للإجماع فلو باع بعضا شائعا من شئ بمثله من ذلك الشئ كدار بينهما نصفين فباع النصف الذى له بالنصف الذى

---

(١) بيادق الشطرنج عساكره صغرى قطعه المتحركة وابطؤها . واما كراهة بيعه فلكراهية لعبه وهو اذا أفضى الى التلهى عن واجب فى الدين أو مهم من الدنيا وقد يكون حراما اذا تفاحش اللهو به أما اذا استعمل لترويض الذهن على التركيز والتنظيم فلا بأس وقد يستعمله أطباء النفس فى العلاج فيكون مستحبا وقد كان بعض الصحابة كأبى هريرة وغيره يشطرجون وكان من التابعين سعيد بن جبير يلعبه مستدبرا . (ط)

لصاحبه ففى صحة البيع وجهان . حكاهما إمام الحرمين وغيره (أحدهما) لا يصح لعدم الحاجة إليه (وأصحهما) يصح وبه قطع المتولى لوجود شرائطه كما لو باع درهما بدرهم من سكة واحدة أو صاعا بصاع من صبرة واحدة . فعلى هذا يملك كل واحد النصف الذى كان لصاحبه . وتظهر فائدته فى مسائل :

(منها) لو كانا جميعا أو أحدهما قد ملك نصيبه بالهبة من والده انقطعت سلطة الرجوع فى الهبة لزوال ملكه عن العين الموهوبة .

(ومنها) لو ملكه بالشراء ثم اطلع على عيب بعد هذا التصرف لم يملك الرد على بائعه .

(ومنها) لو ملكه بالصداق ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع فيه .

(ومنها) لو اشترى النصف ولم يؤد ثمنه ثم حجر عليه بالإفلاس لم يكن للبائع الرجوع فيه بعد هذا التصرف لو باع النصف الذى له بالثلث من نصيب صاحبه ففى الصحة الوجهان (أصحهما) الصحة ، ويصير بينهما أثلاثا ، وبهذا قطع صاحب التقريب والمتولى واستبعده إمام الحرمين والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : لا يصح بيع العبد المنذور إعتاقه كما لا يصح بيع أم الولد . وممن صرح به المتولى والرويانى وقد سبقت الإشارة إليه عند ذكر شروط المبيع . والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق لما روى ابو هريرة رضي الله عنه « ان النبى ﷺ نهى عن ببع الغرر » والغرر ما انطوى عنه امره ، وخفى عليه عاقبته ، ولهذا قالت عائشة رضى الله عنها فى وصف أبى بكر رضى الله عنه « فرد نشر الإسلام على غره » اى على طيه والمعدوم قد انطوى عنه امره، وخفى عليه عاقبته ، فلم يجز بيعه ، وروى جابر رضى الله عنه « ان النبى ﷺ نهى عن المعاومة — وفى بعضها — عن بيع السنين ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه مسلم وحديث جابر رواه مسلم أيضا ولفظه : « أن النبى ﷺ نهى عن بيع السنين » وفى رواية أبى داود ذكر السنين والمعاومة ، كما ذكره المصنف وإسناده إسناد الصحيح ، ولفظ المعاومة فى الترمذى أيضا ، وقال : هو حديث حسن صحيح ، وفى رواية لمسلم : بيع تمر سنتين . وهو مفسر لبيع السنين وبيع المعاومة . (وأما) الأثر المذكور عن عائشة فمشهور من جملة خطبتها المشهورة التى ذكرت فيها أحوال أبيها وفضائله و (قولها :) نشر الإسلام هو بفتح النون والشين ، والإسلام مجرور بالاضافة أي رد ما انتشر من الاسلام ودخله من الاختلاف وتفرق الكلمة إلى ما كان عليه فى زمان النبى ﷺ وهو المراد بقولها : على غره والله تعالى أعلم .

(اما حكم المسالة) فبيع المعدوم باطل بالإجماع ونقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك .

(فــرع) الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث . والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه (فأما) ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر وذكر أو أنثى ، وكامل الأعضاء أو ناقصها ، وكشراء الشاة فى ضرعها لبن ، ونحو ذلك فهذا يصح بيعه بالإجماع ونقل العلماء الإجماع أيضــا فى أشياء غررها حقير (منها) أن الأمة أجمعت على صــحة بيع الجبــة المحشوة ، وإن لم ير حشوها ولو باع حشوها منفردا لم يصح •

وأجمعوا على جواز إجارة الدار وغيرها شهرا ، مع أنه قد يكون ثلاثين يوما ، وقد يكون تسعة وعشرين •

وأجمعوا على جواز دخول الحمام بأجرة وعلى جواز الشرب من ماء السقاء بعوض مع اختلاف أحوال الناس فى استعمال المــاء أو مكثهم فى الحمام • قال العلماء : مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرناه ، وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة ، أو كان الغرر حقيرا جاز البيع ، وإلا فلا . وقد تختلف العلماء فى بعض المسائل كبيع العين الغائبة ، وبيع الحنطــة فى سنبلها ، ويكون اختلافهم مبنيا على هذه القــاعدة ، فبعضهم يرى الغرر يسيرا لا يؤثر ، وبعضهم يراه مؤثرا والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكه لما روى حكيم بن حزام ان النبى ﷺ قال : ((لا تبع ما ليس عندك)) ولان ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير فى الهواء او السمك فى المــاء) •

(**الشرح**) حديث حكيم صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأســانيد صــحيحة ، وقال الترمذى : وهو حديث

حسن ، وقول المصنف (من غير إذن) يريد من غير إذن شرعى ، فيدخل فيه الوكيل والولى والوصى وقيم القاضى فى بيع مال المحجور عليه والقاضى ونائبه فى بيع مال من توجه عليه أداء دين لو امتنع عن بيع ماله فى وفائه . فكل هذه الصور يصح فيها البيع لوجود الإذن الشرعى ، ويخرج منه إذن المحجور عليه لصغر أو فلس أو سفه أو رهن ، فانه لو أذن لأجنبى فى البيع لم يصح ، مع أنه مالك وجملة القول فى هذا الفصل أنه سبق أن شروط المبيع خمسة . منها أن يكون مملوكا لمن يقع العقد له ، فان باشر العقد لنفسه فشرطه كونه مالكا للعين ، وإن باشره لغيره بولاية أو وكالة فشرطه أن يكون لذلك الغير ، فلو باع مال غيره بغير إذن ولا ولاية فقولان (الصحيح) أن العقد باطل ، وهذا نصه فى الجديد وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين وكثيرون أو الأكثرون من الخراسانيين لما ذكره المصنف ، وسنزيده دلالة فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى .

(والقول الثانى) وهو القديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لغا ، وهذا القول حكاه الخراسانيون وجماعة من العراقيين منهم المحاملى فى اللباب والشاشى وصاحب البيان وسيأتى دليله إن شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء (وأما) قول إمام الحرمين : إن العراقيين لم يعرفوا هذا القول ، وقطعوا بالبطلان ، فمراده متقدموهم ، ثم إن كل من حكاه إنما حكاه عن القديم خاصة ، وهو نص للشافعى فى البويطى ، وهو من الجديد قال الشافعى فى آخر باب الغصب من البويطى: إن صح حديث عروة البارقى فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضى : فالبيع والعتق جائزان هذا نصه ، وقد صح حديث عروة البارقى كما سنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء ، فصار للشافعى قولان فى الجديد أحدهما موافق للقديم ، والله تعالى أعلم .

قال الخراسانيون : ويجرى القولان فيما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق مملوكه أو أجر داره أو وهبها بغير إذنه . قال إمام الحرمين يطرد هذا القول فى كل عقد يقبل الاستنابة كالبيوع والإجارات والهبات والعتق والنكاح والطلاق وغيرها ، ويسمى هذا بيع الفضولى ، وقال إمام الحرمين والغزالى فى البسيط والمحاملى وخلائق لا يحصون : القولان فى بيع الفضولى جاريان فى شرائه لغيره بغير إذن . قال أصحابنا فاذا اشترى الفضولى لغيره — نظر إن اشترى بعين مال ذات الغير — ففيه هذان القولان (الجديد) بطلانه (والقديم) وقفه على الإجازة ، وإن اشترى فى الذمة نظر .

إن أطلق لفظ العقد ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقع للمباشر ، وعلى القديم يقف على الإجازة ، فان أجاز نفذ للمجيز ، وإلا نفذ للمباشر ، وإن قال : اشتريت لفلان بألف فى ذمته ، فهو كاشترائه بعين مال الغير ، ففيه القولان (الجديد) بطلانه (والقديم) وقفه على الإجازة .

وإن اقتصر على قوله : اشتريت لفلان بألف ولم يضف الثمن إلى ذمته فعلى الجديد فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين والغزالى وغيرهما (أحدهما) يلغو العقد (والثانى) يقع على المباشر ، وعلى القديم يقف على الإجازة ، فان أجاز نفذ للمجيز وإلا ففيه الوجهان فى وقوعه للمباشر (أما) إذا اشترى شيئا لغيره بمال نفسه فان لم يسمه فى العقد وقع العقد للمباشر بلا خلاف ، سواء كان ذلك الغير أذن له أم لا ، وإن سماه — نظر إن لم يأذن له — لغت التسمية ، وهل يقع للمباشر أم يبطل ؟ فيه الوجهان . فان أذن له فهل تلغو التسمية ؟ فيه وجهان فان قلنا تلغو ، فهل يبطل العقد من أصله ؟ أم يقع عن المباشر ؟ فيه الوجهان (وإن قلنا :) لا تلغو وقع عن الإذن ، وهل يكون الثمن المدفوع قرضا ؟ أم هبة ؟ وجهان .

قال الشيخ أبو محمد الجويني : وحيث قلنا بالقديم فشرطه أن يكون العقد مجيز في الحال مالكا كان أو غيره ، حتى لو أعتق عبد الصبي أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ بلا خلاف ؛ والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ ، وكذا لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعا . والله تعالى أعلم •

(فرع) لو غصب أموالا وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى بحيث يعسر أو يتعذر تتبع ملك التصرفات بالنقض وقلنا بالجديد فقولان ، حكاهما إمام الحرمين والغزالي وغيرهما (أصحهما) بطلان التصرفات كلها ، كما لو كان تصرفا واحدا لأنه ممنوع من كل تصرف منها (والثاني) للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل من أثمانها لعسر تتبعها بالنقض ؛ والله تعالى أعلم •

(فرع) لو باع مال مورثه على ظن أنه حي وأنه فضولي فبان ميتا حينئذ وانه ملك العاقد فقولان . وقيل : وجهان مشهوران (أصحهما) أن العقد صحيح لصدوره من مالك (والثاني) البطلان لأنه في معنى المعلق بموته ولأنه كالغائب قال الرافعي : ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف ببيع الهازل ، هل ينفذ أم لا ؟ وفيه وجهان • والخلاف في بيع التلجية وصورته أن يخاف غصب ماله أو الإكراه على بيعه ؛ فيبيعه لإنسان بيعا مطلقا ، وقد توافقا قبله على أنه لدفع الشر ؛ لا على صفة البيع ، والصحيح صحته ، لأن الاعتبار عندنا بظاهر العقود ؛ لا بما ينويه العاقدان ولهذا يصح بيع العينة[1] ونكاح من قصد التحليل ونظائره •

---

(1) وصورته ان تشترى سلعة بمائة مؤجلة ثم تبيعها لعين البائع بثمانين حاضرة وقد وردت الاحاديث في النهي عن بيع العينة في مسند أحمد وسنن أبي داود كما وردت الاحاديث في النهي عن نكاح المحلل ووصفه بالتيس المستعار وسيأتي حكمه . (ط)

قال أصحابنا : ويجرى الخلاف فى بيع العبد على ظن أنه آبق أو مكاتب فبان أنه رفع ، وأنه فسخ الكتابة قالوا : ويجرى فيمن زوج أمة أبيه على ظن حياته ، فبان ميتا . هل يصح النكاح ؟ والأصح صحته . قال الرافعى : فان صح فقد نقلوا فيه وجهين فيمن قال : إن مات أبى فقد زوجتك هذه الجارية (قلت :) الأصح هنا البطلان ، ويجرى القولان فيمن باع واشترى لغيره على ظن أنه فضولى ، فبان أنه قد وكله فى ذلك . والأصح صحة تصرفه والله سبحانه وتعالى أعلم . هذان القولان فى بيع الفضولى ، وفى الفرعين بعده يعبر عنهما بقولى وقف العقود ، وحيث قال أصحابنا الخراسانيون : فيه قولا وقف العقود أرادوا هذين وسميا بذلك لأن الخلاف راجع إلى العقد هل ينعقد على التوقف ؟ أم لا ينعقد بل يكون باطلا من أصله ؟ قال إمام الحرمين : والصحة على قول الوقف وهو القديم ناجز ، لكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة ، والله أعلم .

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى تصرف الفضولى بالبيع وغيره فى مال غيره بغير إذنه ، قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلانه ، ولا نقف على الإجازة ، وكذا الوقف والنكاح وسائر العقود ، وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر وأحمد فى أصح الروايتين عنه ، وقال مالك : يقف البيع والشراء والنكاح على الإجازة ، فان أجازه من عقد له صح ، وإلا بطل ، وقال أبو حنيفة : إيجاب النكاح وقبوله يقفان على الإجازة ، ويقف البيع على الإجازة ولا يقف الشراء ، وأوقفه إسحق بن راهويه فى البيع واحتج لهم بقوله تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى)[1] وفى هذا إعانة لأخيه المسلم ، لأنه لا يكفيه نعت البيع إذا كان مختارا له ، وبحديث حكيم بن حزام « أن رسول الله ﷺ أعطاه دينارا يشترى له به أضحية فاشترى به أضحية وباعها بدينارين ، واشترى أضحية بدينار ، وجاءه بأضحية ودينار

---

(1) من الآية ٢ المائدة .

فتصدق النبي ﷺ بالدينار ودعا له بالبركة » رواه أبو داود والترمذي وبحديث عروة البارقي قال : « دفع إليّ رسول الله ﷺ دينارا لأشترى له شاة ، فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ ، فذكر له ما كان من أمره . فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم . فكان من أكثر أهل الكوفة مالا » رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وهذا لفظ الترمذي وإسناد الترمذي صحيح وإسناد الآخرين حسن ، فهو حديث صحيح .

وبحديث ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي ﷺ قال : « قال الثالث : اللهم استأجرت أجراء فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحد ، ترك الذي له وذهب ، فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال فجاءني بعد حين فقال : يا عبد الله أد إلي أجري ، فقلت : كل ما ترى من أجرك من الإبل والبقر والغنم والرقيق ، فقال : يا عبد الله لا تستهزيء بي ، فقلت : لا أستهزيء فأخذه كله فاستاقه فلم يترك منه شيئا » وفي رواية « استأجرت أجيرا بفرق أرز » وذكر ما سبق ، رواه البخاري ومسلم .

قالوا : ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية بأكثر من الثلث ، ولأن البيع بشرط خيار ثلاثة أيام يجوز بالاتفاق ، وهو بيع موقوف على الإجازة ، قالوا : ولأن إذن المالك لو كان شرطا في انعقاد البيع لم يجز أن يتقدم على البيع ، لأن ما كان شرطا للبيع لا يجوز تقدمه عليه ، ولهذا لما كانت الشهادة شرطا في النكاح اشترط مقارنتها العقد ، فلما أجمعنا على أن الإذن في البيع يجوز تقدمه دل على أنه ليس بشرط في صحة انعقاده .

واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام قال : سألت رسول الله ﷺ فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق

ثم أبيعه منه ؟ قال لا تبع ما ليس عندك » وهو حديث صحيح سبق بيانه أول هـذا الفصل • وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك . ولا وفاء نذر إلا فيمـا تملك » حديث حسن أو صحيح رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة . ومجموعها يرتفع عن كونه حسنا . ويقتضى أنه صحيح وقال الترمذى : هو حديث حسن • وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عنى أربع خصال : أنه لا يصلح شرطان فى بيع ، ولا بيع وسلف . ولا تبع ما لم تملك . ولا ربح ما لم تضمن » رواه الترمذى والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة . ولأنه أحد طرفى البيع فلم يقف على الإجازة كالقبول ولأنه باع مالا يقدر على تسليمه فلم يصح ، كبيع الآبق ، والسمك فى المـاء . والطير فى الهواء •

(وأما) احتجاجهم بالآية الكريمة ، فقال أصحابنا : ليس هذا من البر والتقوى . بل هو من الإثم والعدوان (وأما) حديث حكيم فأجاب أصحابنا عنه بجوابين (أحدهما) أنه حديث ضعيف (أما) إسناد أبى داود فيه ففيه شيخ مجهول ، وأما إسناد الترمذى ففيه انقطاع بين حديث ابن أبى ثابت وحكيم بن حزام (والجواب الثانى) أنه محمول على أنه كان وكيلا للنبى ﷺ وكالة مطلقة ، يدل عليه أنه باع الشاة وسلمها واشترى وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن مالكها ، ولا يجوز عند أبى حنيفة شراء الثانية موقوفا على الإجازة وهذا الجواب الثانى هو الجواب عن حديث عروة البارقى (وأما) حديث ابن عمر حديث الغار فجوابه أن هذا شرع لمن قبلنا ، وفى كونه شرعا لنا خلاف مشهور (فان قلنا :) ليس بشرع لنا لم يكن فيه حجة . وإلا فهو محمول على أنه استأجره بأرز فى الذمة . ولم يسلمه إليه . بل عينـه له فلم يتعين من غير قبض ، فبقى على ملك المستأجر ، لأن ما فى الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح . ثم إن المستأجر

تصرف فيه وهو ملكه فيصح تصرفه سواء انتقده له أو للأجير ، ثم تبرع بما اجتمع منه على الأجر بتراضيهما .

(والجواب) عن قياسهم على الوصية أنهـا تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم ، بخلاف البيع (والجواب) عن شرط الخيار أن البيع مجزوم به منعقد فى الحال . وإنما المنتظر فسخه ، ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع (والجواب) عن القياس الأخير أنه ينتقض بالصوم ، فان النية شرط لصحته ، وتتقدم عليه ، ولأن الإذن ليس متقدما على العقد ، وإنما الشرط كونه مأذونا له حالة العقد ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر لم يصح البيع عندنا ، وبه قال ابن المنذر ، وحكاه عن أبى حنيفة وأبى يوسف وقال ابن أبى ليلى : يصح البيع .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ولا يجوز بيع مالم يستقر ملكه عليه ، كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق ، وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض لمـا روى ان حكيم ابن حزام قال : « يا رسول الله إنى أبيع بيوعا كثيرة فما يحل لى منها مما يحرم؟ قال : لا تبع ما لم تقبضه » ولأن ملكه عليه غير مستقر . لأنه ربمـا هلك فانفسخ العقد ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ، وهل يجوز عتقه ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز لما ذكرناه (والثانى) يجوز ، لأن العتق له سراية تصح لقوته (فأما) ما ملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية أو عاد إليه بفسخ عقد ، فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض ، لأن ملكه عليه مستقر فجاز التصرف فيه كالمبيع بعد القبض) .

(**الشرح**) حديث حكيم رواه البيهقى بلفظه هذا ، وقال : إسناده حسن متصل . وفى الصحيحين أحاديث بمعناه سنذكرها إن شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء .

(اما الاحكام) فمذهبنا أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه عقارا كان أو منقولا ، لا بإذن البائع ولا بغير إذنه ، لا قبل أداء الثمن ولا بعده . وفى إعتاقه ثلاثة أوجه (أصحها) وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين يصح ويصير قبضا ، سواء كان للبائع حق الحبس أم لا (والثانى) لا يصح ، وهو قول أبى على بن خيران ، ودليلهما فى الكتاب (والثالث) قاله ابن سريج . حكاه عنه القاضى أبو الطيب فى تعليقه إن لم يكن للبائع حق الحبس بأن كان الثمن مؤجلا أو حالا أداه المشترى صح ، وإلا فلا . وفى الكتابة وجهان (أصحهما) وبه قطع صاحب البيان وغيره لا يصح . لأنها تقتضى تخليته للتصرف ، ولأنه ليس لها قوة الصرف وسرايته والاستيلاد كالإعتاق .

ولو وقف المبيع قبل قبضه قال المتولى : (إن قلنا :)الوقف يفتقر إلى القبول فهو كالبيع وإلا فكالإعتاق ، وهذا هو الأصح ، وبه قطع الماوردى وغيره ، قال الماوردى : ويصير قابضا حتى ولو لم يرفع البائع يده عنه صار مضمونا عليه بالقيمة ، قال : وهكذا لو كان طعاما اشتراه جزافا وأباحه للمساكين. (وأما) الرهن والهبة ففيهما وجهان ، وقيل قولان (أصحهما) عند جمهور الأصحاب ، وبه قطع كثيرون : لا يصحان ، وإذا صححناهما فنفس العقد ليس قبضا ، بل يقبضه المشترى من البائع . ثم يسلمه إلى المرتهن والمتهب ، فلو أذن المشترى لهما فى قبضه ، قال البغوى : يكفى ويتم به البيع والرهن والهبة بعده ، وقال الماوردى : لا يكفى ذلك المبيع وما بعده ولكن ينظر إن قصد قبضه للمشترى صح قبض المبيع ، ولابد من استئناف قبض للهبة ولا يجوز أن يأذن له فى قبضه من نفسه لنفسه ، وإن قصد قبضه لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة لأن قبضها يجب أن يتأخر عن تمام البيع والإقراض والتصدق كالهبة والرهن ففيهما الخلاف .

(وأما) الإجارة ففيه وجهان مشهوران (أصحهما) عند الأكثرين لا يصح لأنها بيع وحكى المتولى طريقا آخر وصححه ، وهو القطع بالبطلان (وأما) تزويج المبيعة قبل قبضها ففيه ثلاثة أوجه (أصحها) صحته • وبه قطع صاحب البيان ؛ لأنه يقتضى ضمانا بخلاف البيع قال المتولى وغيره : ولهذا يصح تزويج المغصوبة والآبقة (والثانى) البطلان (والثالث) إن لم يكن للبائع حق الحبس صح ، وإلا فلا ، وحكى هذا الوجه فى الإجارة أيضا وإذا صححنا التزويج فوطء الزوج لم يكن قبضا ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض ، لا يجوز جعله أجرة ولا عوضا فى صلح ، ولا إسلامه فى شيء ، ولا التولية فيه ، ولا الاشتراك : وفى التولية والاشتراك وجه ضعيف •

(فـرع) قال أصحابنا : المـال المستحق للانسان عند غيره قسمان دين وعين (أما) الدين فقد ذكره المصنف فى هذا الفصل بعد هـذا • وسنوضحه إن شـاء الله تعـالى (وأما) العين فضربان أمانة ومضمون (الضرب الأول) الأمانة فيجوز للمالك بيع جميع الأمانات قبل قبضها ، لأن الملك فيها تام وهى كالوديعة فى يد المودع ، ومال الشركة والقراض فى يد الشريك والعامل ، فالمـال فى يد الوكيل فى البيع بعد فكاك الرهن ، وفى يد المستأجر بعد فراغ المدة ، والمـال فى يد الولى بعد بلوغ الصبى ورشده ، ورشد السفيه ، وإفاقة المجنون : وما كسبه العبـد باصطياد واحتطاب واحتشاش ونحوها ، أو قبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد من يده ، وما أشبه ، هذا كله يجوز بيعه قبل قبضه •

ولو ورث مالا فله بيعه قبل قبضه إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضا ؛ بأن اشتراه ولم يقبضه • ولو اشترى من مورثه شيئا ومات المورث قبل التسليم فله بيعه قبل قبضه ، سواء كان على المورث دين أم لا ، فإن

كان عليه دين تعلق الغُريم بالثمن ، فان كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر ، حتى يقبضه ، ولو أوصى له إنسان بمال فقبل الوصية بعد موت الموصى فله بيعه قبل قبضه ، وإن باعه بعد الموت وقبل القبول جاز (إن قلنا) تملك الوصية بالموت (وإن قلنا) بالقبول أو موقوف فلا .

(الضرب الثانى) المضمونات وهى نوعان ، الأول المضمون بالقيمة ، ويسمى ضمان اليد فيصح بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه ويدخل فيه ما صار مضمونا بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره ، حتى لو باع عبدا وجد المشترى به عيبا وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد قبل أن يسترده ويقبضه ، قال المتولى : إلا إذا لم يؤد الثمن ، فان للمشترى حبسه إلى استرجاع الثمن فلا يصح بيعه قبله قال : وقد نص الشافعى على هذا .

ولو فسخ السلم لانقطاع المسلم فيه كان للمسلم بيع رأس المال قبل استرداده . ولو باع سلعة فأفلس المشترى بالثمن وفسخ به البائع فله بيعها قبل قبضها ، ويجوز بيع المال فى يد المستعير والمستأجر ، وفى يد المشترى شراء فاسدا ، والمثبت هبة فاسدة ، ويجوز بيع المغصوب للغاصب .

(النوع الثانى) المضمون بعوض فى عقد معاوضة ، لا يصح بيعه قبل قبضه ، وذلك كالمبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال ، والعوضين فى الهبة بشرط ثواب ، حيث صححناها ، ودليله الحديث ، وعللوه بعلتين (إحداهما) ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه (والثانى) توالى الضمان ، ومعناه أن يكون مضمونا فى حالة واحدة لاثنين ، وهذا مستحيل ، فانه لو صححنا بيعه كان مضمونا للمشترى الأول على البائع الأول ، والثانى على الثانى ، وسواء باعه المشترى للبائع أو لغيره لا يصح ، هكذا قطع به العراقيون وكثيرون أو الأكثرون من الخراسانيين ، وحكى جماعة من الخراسانيين وجها شاذا ضعيفا أنه يجوز بيعه للبائع ، تفريعا

على العلة الثانية ، وهى توالى الضمان ، فانه لا يتوالى إذا كان المشترى هو البائع ، لأنه لا يصير فى الحال مقبوضا له أو بعد لحظة ، بخلاف الأجنبى ، والمذهب بطلانه كالأجنبى ، قال المتولى : والوجهان فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة ، وإلا فهو إقاله بصيغة البيع .

ولو رهنه عند البائع أو وهبه له فطريقان (أحدهما) القطع بالبطلان (وأصحهما) أنه على الخلاف كغيره ، فان جوزناه فأذن له فى القبض فقبض ملك فى صورة الهبة وتم الرهن ، ولا يزول ضمان البيع فى صورة الرهن ، بل إن تلف انفسخ البيع . هذا إذا رهنه عنده بغير الثمن ، فان رهنه به صح إن كان بعد قبضه ، فان كان قبله فلا إن كان الثمن حالا ، لأن الحبس ثابت له ، وإن كان مؤجلا فهو كرهنه بدين آخر قبل القبض والله سبحانه أعلم .

(وأما) بيع الصداق قبل القبض من يد الزوج ففيه قولان حكاهما الخراسانيون بناء على القولين المشهورين فى أنه مضمون على الزوج ضمان العقد كالمبيع ؟ أم ضمان اليد كالعارية ؟ والأصح ضمان العقد (فان قلنا) ضمان اليد ، جاز كالعارية (وإن قلنا) ضمان العقد فهو كالمبيع ، فلا يجوز بيعه قبل قبضه لأجنبى ، وفى بيعه للزوج الخلاف . والمذهب أنه لا يجوز ، وقطع المصنف وأكثر العراقيين بأنه لا يجوز بيع الصداق قبل قبضه ، قال الخراسانيون : ويجرى القولان فى بيع الزوج بدل الخلع قبل أن يقبضه ، وفى بيع العافى عن القصاص المال المعفو عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ والله سبحانه أعلم .

(فرع) قال الرافعى رحمه الله : ووراء ما ذكرناه صور ، إذا تأملتها عرفت من أى ضرب هى (فمنها) ما حكى صاحب التلخيص عن نص الشافعى رحمه الله أن الأرزاق التى يخرجها السلطان للناس يجوز بيعها

قبل القبض . فمن الأصحاب من قال : هذا إذا أفرزه السلطان . فتكون يد السلطان فى الحفظ يد المقر له ، ويكفى ذلك لصحة البيع ، ومن الأصحاب من لم يكتف بذلك وحمل النص على ما إذا وكل وكيلا فى قبضه فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل ، وإلا فهو بيع شيء غير مملوك . وبهذا قطع القفال (قلت :) الأول أصح وأقرب إلى النص ، وقول الرافعى وبه قطع القفال يعنى بعدم الاكتفاء لا بالتأويل المذكور ، فانى رأيت فى شرح التلخيص للقفال المنع المذكور ، وقال : ومراد الشافعى بالرزق الغنيمة ، ولم يذكر غيره ، ودليل ما قاله الأول وهو الأصح أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة احتمل للمصلحة ، والرفق بالجند لمسيس الحاجة ، وممن قطع بصحة بيع الأرزاق التى أخرجها السلطان قبل قبضها المتولى وآخرون وروى البيهقى فيه آثار الصحابة مصرحة بالجواز .

قال المتولى : وهكذا غلة الوقف إذا حصلت لأقوام ، وعرف كل قوم قدر حقه فباعه قبل قبضه صح بيعه ، كرزق الأجناد قال الرافعى : (ومنها) بيع أحد الغانمين نصيبه من الغنيمة على الإشاعة قبل القبض ، وهو صحيح إذا كان معلوما وحكمنا بثبوت الملك فى الغنيمة ، وفيما يملكها به خلاف مذكور فى بابه ، قال (ومنها) لو رجع فيما وهب لولده ، فله بيعه قبل قبضه على الصحيح من الوجهين (ومنها) الشفيع إذا تملك الشقص ، قال البغوى : له بيعه قبل القبض ، وقال المتولى : ليس له ذلك ، لأن الأخذ بها معاوضة ، وهذا أصح وأقوى ، كذا قال الرافعى هنا ثم قال فى كتاب الشفعة فى نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض ، إذا كان قد سلم الثمن وجهان (أصحهما) المنع كالمشترى (والثانى) الجواز لأنه قهرى كالإرث قال : ولو ملك بالإشهاد أو بقضاء القاضى لم ينفذ تصرفه قطعا ، وكذا لو ملك برضاء المشترى بكون الثمن يبقى فى ذمة الشفيع ، وفى جواز أخذ الشفيع الشقص من يد البائع قبل قبض المشترى وجهان ، ذكرهما المصنف فى كتاب الشفعة وسنوضحهما هناك إن شاء الله تعالى .

(ومنها) للموقوف عليه بيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها (ومنها) إذا استأجر صباغا ليصبغ ثوبا وسلمه إليه ، فليس للمالك بيعه قبل صبغه ، لأن له حبسه بعمل ما يستحق به الأجرة وإذا صبغه فله بيعه قبل استرداده إن دفع الأجرة ، وإلا فلا ، لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الأجرة ، وإذا استأجر قصارا لقصر ثوب وسلمه إليه لم يجز بيعه قبل قصره ، فاذا قصره بنى على أن القصارة هل هى عين ؟ فتكون كمسألة الصبغ أم أثر فله البيع ؟ إذ ليس للقصار الحبس على هذا (والأصح) أنها عين قال المتولي وغيره : وعلى هذا قياس صوغ الذهب ، ورياضة الدابة ، ونسج الغزل ، قال المتولى ، ولو استأجره ليرعى غنمه شهرا وليحفظ متاعه المعين ثم أراد المستأجر التصرف فى ذلك المال قبل انقضاء الشهر ، صح تصرفه وبيعه ، لأن حق الأجير لم يتعلق بعين ذلك المال ، فان للمستأجر أن يستعمله فى مثل ذلك العمل .

(ومنها) إذا قاسم شريكه فبيع ما صار له قبل قبضه ، يبنى على أن القسمة بيع أو إفراز ، قال المتولي (فان قلنا :) القسمة إفراز ، جاز بيعه قبل قبضه من يد شريكه (وإن قلنا) بيع فنصف نصيبه حصل له بالبيع ، ونصفه حصل بملكه القديم ؛ لأن حقيقة القسمة على هذ القول بيع كل واحد نصف ما صار لصاحبه بنصف ما صار له ، فله التصرف فى نصف ما صار له دون نصفه ، قال : فان كان فيها رد فحكمها فى القدر المملوك بالعوض حكم البيع (ومنها) إذا أثبت صيدا بالرمى أو وقع فى شبكته ، فله بيعه ، وإن لم يأخذه ، ذكره صاحب التلخيص هنا ، وقال القفال : ليس هو مما نحن فيه لأنه باثباته قبضه حكما ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) تصرف المشترى فى زوائد المبيع قبل القبض ، كالولد والثمرة وكسب العبد وغيره ؛ يبنى على أنها تعود إلى البائع لو عرض انفساخ ؟ أم لا تعود ؟ فان أعدناها لم يتصرف فيها قبل قبضها ، كالأصل .

وإلا فيصح تصرفه . ولو كانت الجارية حاملا عند البيع وولدت قبل القبض (إن قلنا) : الحمل يقابله قسط من الثمن لم يتصرف فيه ، وإلا فهو كالولد الحادث بعد البيع والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا باع متاعا بدراهم أو بدنانير معينة فله حكم المبيع ، فلا يجوز تصرف البائع فيها قبل قبضها : لأنها تتعين بالتعيين عندنا ولا يجوز للمشترى إبدالها بمثلها ، ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع ، ولو وجد البائع بها عيبا لم يستبدل بها إن رضيها ، وإلا فسخ العقد ، فلو أبدلها بمثلها أو بغير جنسها برضاء البائع فهو كبيع المبيع للبائع ، والأصح بطلانه كما سبق ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : لو اشترى شيئا بثمن فى الذمة ، وقبض المبيع ، ولم يدفع الثمن ، فله بيع المبيع بلا خلاف : سواء باعه للبائع أو لغيره .

(فرع) لو باع سلعة وتقابضا ثم تقايلا . وأراد البائع بيعها قبل قبضها من المشترى ، فالمذهب صحته ، قال صاحب البيان : قال أصحابنا البغداديون : يصح بيعه قطعا ، لأنه ملكها بغير عقد ، وقال صاحب الإبانة : هل يصح بيعها ؟ فيه قولان بناء على أن الإقالة بيع أو فسخ ، وفيها قولان (الصحيح) الجديد أنها بيع (والقديم) أنها فسخ (فان قلنا) فسخ جاز ، وإلا فلا ، وكذا قال المتولى (وإن قلنا) الإقالة بيع لم يجز ، وإلا فكالمفسوخ بعيب وغيره ، فنفرق بين أن يكون قبض الثمن أم لا ، كما ذكرناه عنه فى أول الضرب الثانى .

(فرع) نقله الأصحاب عن ابن سريج إذا باع عبدا بعبد ثم قبض أحد العاقدين ما اشتراه قبضا شرعيا ثم باعه قبل أن يقبض صاحبه ما اشتراه

منه صح بيعه ، لأنه قبضه ، فان تلف عبده الذى باعه صاحبه قبل قبضه بطل البيع الأول لتلف المبيع قبل القبض ولا يبطل الثانى لتعلق حق المشترى الثانى به ، ولكن يجب على البائع الثانى قيمة الذى باعه ثانيا ، لأنه تعذر رده فوجبت قيمته ، هكذا قطع الأصحاب بهذا كله فى الطريقتين إلا المتولى فقال : فى بطلان العقد الثانى وجهان (أصحهما) لا يبطل كما قطع به الجمهور ، قال : وهما مبنيان على أن الفسخ هل يرفع العقد من أصله ؟ أو من حينه ؟ (إن قلنا) من أصله بطل ، وإلا فلا قال أصحابنا : فان اشترى من رجل شقصا من دار بعبد وقبض المشترى الشقص فأخذه الشفيع بالشفعة ، ثم تلف العبد فى يد المشترى ، قبل أن يقبضه بائع الشقص ، انفسخ البيع فى العبد ولم يبطل الأخذ بالشفعة فلا يؤخذ الشقص من يد الشفيع ، بل يلزم المشترى قيمة الشقص لبائعه ، ويجب على الشفيع للمشترى قيمة العبد لأن العقد وقع به والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : للمشترى الاستقلال بقبض المبيع بغير إذن البائع إن كان دفع الثمن إليه أو كان مؤجلا ، كما للمرأة قبض صداقها بغير إذن الزوج إذا سلمت نفسها ، فان كان حالا ولم يدفعه إلى البائع لم يجز له قبضه بغير إذنه فان قبضه لزمه رده . لأن البائع يستحق حبسه لاستيفاء الثمن ، فان تصرف المشترى فيه لم ينفذ تصرفه . ولكن يكون فى ضمانه بلا خلاف . قال المتولى وغيره حتى لو تلف فى يده استقر عليه الثمن . ولو تعيب لم يكن له رده بالعيب ولو رده على البائع بعد ذلك وتلف فى يد البائع لم يسقط الثمن عن المشترى .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى بيع المبيع قبل القبض . قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه مطلقا ، سواء كان طعاما أو غيره ، وبه قال ابن عباس ثبت ذلك عنه ومحمد بن الحسن . قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن من اشترى طعاما فليس له بيعه حتى يقبضه ، قال : واختلفوا فى غير الطعام

على أربعة مذاهب (أحدها) لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما في الطعام قاله الشافعي ومحمد بن الحسن (والثاني) يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون قاله عثمان بن عفان وسعيد ابن المسيب والحسن والحكم وحماد والأوزاعي وأحمد وإسحق (والثالث) لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض ، قاله أبوحنيفة وأبويوسف (والرابع) يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب ، قاله مالك وأبو ثور ، قال ابن المنذر وهو أصح المذاهب لحديث النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى .

واحتج لمالك وموافقيه بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه » رواه البخاري ومسلم ، وعنه قال : « لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون جزافا يعني الطعام فضربوا أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم » رواه البخاري ومسلم . وعن ابن عباس قال : « أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض قال ابن عباس وأحسب كل شيء مثله » رواه البخاري ومسلم وفي رواية لمسلم عن ابن عباس قال : « قال رسول الله ﷺ من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه قال ابن عباس : وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام » وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : « من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكيله » رواه مسلم ، وفي رواية قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى » وعن جابر قال : « قال رسول الله ﷺ « إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه » رواه مسلم . قالوا : فالتنصيص في هذه الأحاديث يدل على أن غيره بخلافه ، قالوا : وقياسا على ما ملكه بإرث أو وصية وعلى إعتاقه وإجارته قبل قبضه وعلى بيع الثمر قبل قبضه

واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال : « لا تبع ما لم تقبضه » وهو حديث حسن كما سبق بيانه فى أول هـذا الفصل ، وبحديث زيد بن ثابت « أن النبى ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » رواه أبو داود باسناد صحيح إلا أنه من رواية محمد بن إسحق بن يسار عن أبى الزناد وابن إسحق مختلف فى الاحتجاج به وهو مدلس ، وقد قال : عن أبى الزناد ، والمدلس إذا قال : عن لا يحتج به ، لكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث ، وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده ، فلعله اعتضد عنده أو ثبت عنده بسماع ابن إسحق له من أبى الزناد ، وبالقياس على الطعام .

(والجواب) عن احتجاجهم بأحاديث النهى عن بيع الطعام من وجهين (أحدهما) أن هذا استدلال بداخل الخطاب والتنبيه مقدم عليه ، فانه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره بأولى (والثانى) أن النطق الخاص مقدم عليه وهو حديث حكيم وحديث زيد (وأما) قياسهم على العتق ففيه خلاف سبق فان سلمناه فالفرق أن العتق له قوة وسراية ، ولأن العتق إتلاف للمالية والإتلاف قبض (والجواب) عن قياسهم على الثمن أن فيه قولين فان سلمناه فالفرق أنه فى الذمة مستقر لا يتصور تلفه ونظير المبيع إنما هو الثمن المعين ، ولا يجوز بيعه قبل القبض وأما بيع الميراث والموصى به فجوابه أن الملك فيهما مستقر بخلاف المبيع ، والله أعلم .

واحتج لأبى حنيفة باطلاق النصوص ، ولأنه لا يتصور تلف العقار بخلاف غيره . واحتج أصحابنا بما سبق فى الاحتجاج على مالك وأجابوا عن النصوص بأنها مخصوصة بما ذكرناه (وأما) قولهم : لا يتصور تلفه ، فينتقض بالجديد الكثير ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الديون فينظر فيها ، فان كان الملك عليها مستقرا كغرامة المتلف وبدل القرض ، جاز بيعه ممن عليه قبل القبض . لأن ملكه مستقر عليه ، فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض ، وهل يجوز من غيره ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز ، لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة (والثانى) لا يجوز ، لانه لا يقدر على تسليمه إليه لأنه ربما منعه او جحده وذلك غرر لا حاجة به إليه ، فلم يجز ، والأول اظهر ، لأن الظاهر انه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود ، وإن كان الدين غير مستقر ــ نظرت فإن كان مسلما فيه ــ لم يجز بيعه ، لما روى ان ابن عباس رضى الله عنهما « سئل عن رجل اسلف فى حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل ، فقال : آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل ، فكرهه ابن عباس ، وقال : خذ برأس المال علفا او غنما ، ولأن الملك فى المسلم فيه غير مستقر لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض .

وإن كان ثمنا فى بيع ففيه قولان قال فى الصرف : يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر قال : « كنت ابيع الإبل بالبقيع بالدنانير ، فآخذ الدراهم وابيع بالدراهم فآخذ الدنانير ، فقال رسول الله ﷺ : لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شىء » ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك ، فصار كالبيع بعد القبض ، وروى المزنى فى جامعه الكبير انه لا يجوز ، لأن ملكه غير مستقر عليه ، لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع او بالرد بالعيب ، فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض ، وفى بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقان (احدهما) انه على قولين بناء على القولين فى بيع رقبته (والثانى) انه لا يصح ذلك قولا واحدا ، وهو المنصوص فى المختصر لأنه لا يملكه ملكا مستقرا فلم يصح بيعه كالمسلم فيه) .

(الشرح) حديث ابن عمر صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وآخرون بأسانيد صحيحة ، عن سماك بن حرب عن سعيد عن ابن عمر بلفظه هنا قال الترمذى وغيره : لم يرفعه غير سماك وذكر البيهقى فى معرفة السنن والآثار أن أكثر الرواة وقفوه على ابن عمر (قلت :) وهذا لا يقدح فى رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلا وبعضهم

متصلا وبعضهم موقوفا وبعضهم مرفوعاً كان محكوما بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذى قاله الفقهاء والأصوليون ؛ ومحققوا المحدثين من المتقدمين والمتأخرين (وقوله) بالبقيع هو بالباء الموحدة ، وإنما قيدته لأنى رأيت من يصحفه (وقوله :) السلم فى حلل هو جمع حلة بضم الحاء وهى ثوبان ولا يكون إلا ثوبان ؛ كذا قاله أهل اللغة والدق بكسر الدال — والجل — بكسر — الجيم — وهو الغليظ (وقوله) : من غير حاجة إليه يحترز من أساس الدار فانه يصح بيعه وهو غرر للحاجة ، وهـذا الاحتراز يكرره المصنف فى كتاب البيوع كثيرا .

(اما الاحكام) فقد لخصها الرافعى أحسن تلخيص ؛ وهذا مختصر كلامه قال : الدين فى الذمة ثلاثة أضرب مثمن وثمن وغيرهما ؛ وفى حقيقة الثمن ثلاثة أوجه (أحدها) أنه ما ألصق به الباء كقولك : بعت كذا بكذا والأول مثمن ، والثانى ثمن ، وهذا قول القفال (والثانى) أنه النقد مطلقا ، والمثمن مايقابله على الوجهين (وأصحهما) أن الثمن النقـد ، والمثمن ما يقابله ، فان لم يكن فى العقد نقـد أو كان العوضان نقـدين فالثمن ما ألصقت به الباء ؛ والمثمن ما يقابله فلو باع أحد النقدين بالآخر فلا مثمن فيه على الوجه الثانى ، ولو باع عرضا بعرض فعلى الوجه الثانى لا ثمن فيه ، وإنما هو مبادلة ، ولو قال : بعتك هذه الدراهم بهذا العبد فعلى الوجه الأول العبد ثمن والدراهم مثمن وعلى الوجه الثانى والثالث فى صحة هذا العقد وجهان كالسلم فى الدراهم والدنانير (الأصح) الصحة فى الموضعين ؛ فان صححناه فالعبد مثمن .

ولو قال : بعتك هذا الثوب بهذا العبد ووصفه . صح العقد (فان قلنا) الثمن ما ألصق به الباء فالعبـد ثمن ، ولا يجب تسليم الثوب فى المجلس ؛ وإلا ففى وجوب تسليم الثوب وجهان ، لأنه ليس فيه لفظ السلم لكن فيه معناه، فاذا عرف عدنا إلى بيان الأضرب الثلاثة .

. **(الضرب الأول)** المثمن وهو المسلم فيه فلا يجوز بيعه ولا الاستبدال عنه ، وهل تجوز الحوالة به ؟ بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض ، أو إتلاف أو الحوالة عليه بأن يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) لا (والثانى) نعم (والثالث) لا يجوز عليه ويجوز به ، هكذا حكوا الثالث . وعكسه الغزالى فى الوسيط فقال : يجوز عليه لا به . ولا أظن نقله ثابتا .

(الضرب الثانى) المثمن ، فاذا باع بدراهم أو دنانير فى الذمة ففى الاستبدال عنها طريقان (أحدهما) القطع بالجواز . قاله القاضى أبو حامد وابن القطان (وأشهرهما) على قولين (أصحهما) وهو الجديد جوازه (والقديم) منعه ، ولو باع فى الذمة بغير الدراهم والدنانير (فان قلنا :) الثمن ما ألصقت به الباء صح الاستبدال عنه ، كالنقدين ، وادعى البغوى أنه المذهب وإلا فلا ، لأن ما ثبت فى الذمة مثمنا لم يجز الاستبدال عنه (وأما) الأجرة فكالثمن (وأما) الصداق وبدل الخلع فكذلك ، إن قلنا : إنهما مضمونان ضمان العقد ، وإلا فهما كبدل الإتلاف .

(التفريع) إن منعنا الاستبدال عن الدراهم فذلك إذا استبدل عنها عرضا فلو استبدل نوعا منها بنوع ، أو استبدل الدراهم عن الدنانير فوجهان لاستوائهما فى الرواج ، وإن جوزنا الاستبدال فلا فرق بين بدل وبدل ، ثم ينظر إن استبدل ما يوافقهما فى علة الربا كدنانير عن دراهم اشترط قبض البدل فى المجلس ، وكذا إن استبدل عن الحنطة المبيعة شعيرا إن جوزنا ذلك ، وفى اشتراط تعيين البدل عند العقد وجهان (أحدهما) يشترط ، وإلا فهو بيع دين بدين (وأصحهما) لا يشترط ، كما لو تصارفا فى الذمة ثم عينا وتقابضا فى المجلس ، وإن استبدل ما ليس موافقا لهما فى علة الربا كالطعام والثياب عن الدراهم — نظر ، إن عين البدل فى الاستبدال — جاز ، وفى اشتراط قبضه فى المجلس وجهان « صحح »

الغزالى وجماعة الاشتراط . وهو ظاهر نصه فى المختصر (وصحح) الإمام والبغوى عدمه (قلت) هذا الثانى أصح وصححه الرافعى فى المحرر . وإن لم يعين ، بل وصف فى الذمة ، فعلى الوجهين السابقين . وإن جوزناه اشترط التعيين فى المجلس وفى اشتراط القبض الوجهان .

(**الضرب الثالث**) ما ليس ثمنا ولا مثمنا كدين القرض والإتلاف ، فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف ، كما لو كان له فى يد غيره مال بغصب أو عارية ، فانه يجوز بيعه له ، ثم الكلام فى اعتبار التعيين والقبض على ما سبق وذكر صاحب الشامل أن القرض إنما يستبدل عنه إذا تلف ، فان بقى فى يده فلا . ولم يفرق الجمهور بينهما ، ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ، ويجوز عكسه ، وهذا الذى ذكرناه كله فى الاستبدال ، وهو بيع الدين ممن هو عليه ، فاما بيعه لغيره كمن له على رجل مائة فاشترى من آخر عبدا بتلك المائة ففى صحته قولان مشهوران (أصحهما) لا يصح لعدم القدرة على التسليم (والثانى) يصح بشرط أن يقبض مشترى الدين : الدين ممن هو عليه ، وأن يقبض بائع الدين العوض فى المجلس ، فان تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد ، ولو كان له دين على إنسان ولآخر مثله على ذلك الإنسان فباع أحدهما ماله عليه بما لصاحبه لم يصح سواء اتفق الجنس لنهيه ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء هذا آخر كلام الرافعى (قلت :) قد صحح المصنف هنا وفى التنبيه جواز بيع الدين بغير من هو عليه وصحح الرافعى فى الشرح والمحرر أنه لا يجوز .

(**فرع**) قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى آخر باب بيع الطعام قبل أن يستوفى : إذا باع طعاما بثمن مؤجل فحل الأجل فأخذ بالثمن طعاما جاز عندنا قال الشافعى : وقال مالك : لا يجوز لأنه يصير فى معنى بيع طعام بطعام مؤجل . دليلنا أنه إنما يأخذ منه الطعام بالثمن الذى له عليه لا بالطعام . وهذا الذى جزم به أبو حامد تفريعا على الصحيح وهو

الاستبدال عن الثمن وقد صرح بهذا جماعة منهم القاضى أبو الطيب فى تعليقه قال صاحب البيان : قال الصيمرى والصيدلانى : فلو أراد أن يأخذ ثمن الدين المؤجل عوضا من نقد أو عرض قبل حلوله لم يصح (أما) تقديم الدين نفسه فيجوز ، لأنه لا يملك المطالبة به قبل الحلول . فكأنه أخذ العوض عما لا يستحقه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والقبض فيما ينقل النقل ، لما روى زيد بن ثابت ان رسول الله ﷺ « نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل اوان الجذاذ التخلية ، لأن القبض ورد به الشرع ، وأطلقه فحمل على العرف والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية) .

(**الشرح**) أما حديث زيد فسبق بيانه قريبا فى فرع مذاهب العلماء فى بيع المبيع قبل القبض ، وفى التجار لغتان ـ كسر التاء مع تخفيف الجيم ـ وضمها مع التشديد ، والجذاذ ـ بفتح الجيم وكسرها .

(**أما الاحكام**) فقال أصحابنا : الرجوع فى القبض إلى العرف وهو ثلاثة أقسام (أحدها) العقار والثمر على الشجرة فقبضه بالتخلية (والثانى) ما ينقل فى العادة كالأخشاب والحبوب والحيتان ونحوها ، فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشترى أو موات أو شارع أو مسجد أو غيره ، وفيه قول حكاه الخراسانيون أنه يكفى فيه التخلية ، وهو مذهب أبى حنيفة (والثالث) ما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والمنديل والثوب والإناء الخفيف والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول بلا خلاف . صرح بذلك الشيخ أبو حامد فى تعليقه والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى والمصنف فى التنبيه والبغوى وخلائق لا يحصون . وينكر على المصنف كونه أهمله هنا مع شهرته ومع ذكره له فى التنبيه والله تعالى أعلم .

وقد لخص الرافعي رحمه الله كلام الأصحاب وجمع متصرفه مختصرا وأنا أنقل مختصره وأضم إليه ما أهمله إن شاء الله تعالى • قال رحمه الله القول الجملي فيه أن الرجوع فيما يكون قبضا إلى العادة ، وتختلف بحسب اختلاف المـال (وأما) تفصيله فنقول : المـال إما أن يباع من غير أعتبار تقدير فيه ، وإما مع اعتبار فيه • فهما نوعان (الأول) مالا يعتبر فيه تقدير إما لعدم إمكانه وإما مع إمكانه • فينظر إن كان المبيع مما لا ينقل كالأرض والدار ، فقبضه بالتخلية بينه وبين المشترى ، ويمكنه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه ويشترط كونه فارغا من أمتعة البائع • فلو باع دارا فيها أمتعة للبائع توقف التسليم على تفريغها وكذا لو باع سفينة مشحونة بالقماش • وحكى الرافعي بعد هذا وجهاشاذا ضعيفا عنـد ذكر بيع الدار المذروعة أنه لا يصح بيع الدار المشحونة بالأقمشة ، وادعى إمام الحرمين أنه ظاهر المذهب •

ولو جمع البائع متـاعه فى بيت من الدار وخلى بين المشترى وبين الدار ، حصل القبض فيما عدا ذلك البيت ، كذا قاله الأصحاب ، وكذا نقله المتولى عن الأصحاب • وفى اشتراط حضور البائع عند المبيع فى حال الإقباض ثلاثة أوجه (أحدها) يشترط ، فان حضرا عنده فقـال البائع للمشترى : دونك هذا ولا مانع ، حصل القبض وإلا فلا (والثانى) يشترط حضور المشترى دون البائع (وأصحها) لا يشترط حضور واحد منهما • لأن ذلك يشق ، فعلى هذا هل تشترط زمان إمكان المضى ؟ فيه وجهـان (أصـحهما) نعم ، وبه قطع المتولى وغيره ، وفى معنى الأرض الشجر الثابت والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجذاذ . والله سبحانه أعلم •

(أما) إذا كان المبيع من المنقولات فالمذهب والمشهور أنه لا تكفى التخلية ، بل يشترط النقل والتحويل • وفى قول رواه حرملة تكفى التخلية لنقل الضمان إلى المشترى ، ولا تكفى لجواز تصرفه ، فعلى المذهب إن

كان المبيع عبدا يأمره بالانتقال من موضعه • وإن كان دابه ساقها أو قادها
(قلت) قال صاحب البيان : لو أمر العبد بعمل لم ينتقل فيه عن موضعه . أو ركب البهيمة ولم تنقل عن موضعها فالذى يقتضيه المذهب أنه لا يكون قبضا . كما لا يكون غصبا قال : ولو وطىء الجارية فليس قبضا على الصحيح من الوجهين وبهذا قطع الجمهور وهذا الذى ذكره فى الغصب فيه خلاف نذكره فى الغصب إن شاء الله تعالى • قال الرافعى : إذا كان المبيع فى موضع لا يختص بالبائع كسوات ومسجد وشارع ؛ أو فى موضع يختص بالمشترى ، فالتحويل إلى مكان منه كاف فى حصول القبض ، وإن كان فى بقعة مخصوصة بالبائع فالنقل من زاوية منه إلى زاوية . أو من بيت من داره إلى بيت بغير إذن البائع لا يكفى لجواز التصرف ، ويكفى لدخوله فى ضمانه وإن نقل باذنه حصل القبض ، وكأنه استعار ما نقل إليه • ولو اشترى الدار مع أمتعة فيها صفقة واحدة ، فخلى البائع بينهما وبينه ، حصل القبض فى الدار ؛ وفى الأمتعة وجهان (أصحهما) يشترط نقلها ، لأنها منقولة كما لو أفردت (والثانى) يحصل فيها القبض تبعا . وبه قطع الماوردى ، وزاد فقال : لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التى عليها الصبرة وخلى البائع بينه وبينها حصل القبض فى الصبرة (قلت :) قال الماوردى : ولو استأجر الأرض من البائع فوجهان (الصحيح) أنه ليس قبضا للأمتعة والله سبحانه أعلم •

قال الرافعى : ولو لم يتفقا على القبض فجاء البائع بالمبيع فامتنع المشترى من قبضه أجبره الحاكم عليه ، فان أصر أمر الحاكم من يقبضه كما لو كان غائبا ، قال : ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشترى : ضعه فوضعه بين يديه حصل القبض فان وضعه بين يديه ولم يقل المشترى شيئا أو قال : لا أريده فوجهان (أحدهما) لا يحصل القبض كما لا يحصل الإيداع (وأصحهما) يحصل لوجوب التسليم ؛ كما لو وضع المغصوب بين يدى المالك فانه يبرأ من الضمان . فعلى هذا المشترى التصرف

فيه . ولو تلف فمن ضمانه لكن لو خرج مستحقا ولم يجر إلا وضعه فليس للمستحق مطالبة المشترى بالضمان ، لأن هذا القدر لا يكفى لضمان الغصب .

(قلت) قال المتولى : ولو قال البائع للمشترى : احمله إلى واتركه عندي ففعل ، صار قابضا بلا خلاف ، لأنه بأمره ، قال : وإذا وضعه عنده وقلنا : يصير قابضا فباعه قبل أن ينقله ونقله المشترى الثانى وتلف فى يده ، ثم خرج مستحقا فللمستحق تغريم البائع الأول ، لأن العين كانت فى يده ، وله تغريم المشترى الثانى ، لأنها تلفت فى يده ، وليس له تغريم المشترى الأول ، لأن ضمان الاستحقاق ضمان عدوان ، وضمان العدوان لا يتعلق إلا بحقيقة الاستيلاء ، ولهذا لو خلا بمال غيره لا يضمنه بمجرد ذلك ، وإنما جعلناه هنا قابضا ليصح بيعه وتصرفه ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولو وضع المديون الدين بين يدى مستحقه ففى حصول التسليم خلاف مرتب على المبيع ، وأولى بعدم الحصول لعدم تعين الدين فيه .

(فرع) للمشترى الاستقلال بنقل المبيع إن كان دفع الثمن ، أو كان مؤجلا ، وقد سبقت المسألة مبسوطة قريبا .

(فرع) لو دفع ظرفا إلى البائع فقال اجعل المبيع فيه، ففعل لايحصل التسليم ، إذ لم يوجد من المشترى قبض . والظرف غير مضمون على البائع لأنه استعمله فى ملك المشترى باذنه ، وفى مثله فى السلم يكون الظرف مضمونا على المسلم إليه ، لأنه استعمله فى ملك نفسه . ولو قال للبائع : أعرنى ظرفك واجعل المبيع فيه ففعل ، لا يصير المشترى قابضا (النوع الثانى) أن يعتبر فيه تقدير بأن اشترى ثوبا أو أرضا مذارعة [1] ، أو متاعا موازنة أو صبرة مكايلة أو معدودا بالعدد فلا يكفى للقبض ما سبق فى النوع الأول بل لابد مع ذلك من الذرع أو الوزن أو الكيل أو العد .

---

(1) مذارعة بالذراع كما لو قلت : مماترة او مقاصبة اى بالمتر والقصبة . (ط)

وكذا لو أسلم فى آصع طعام أو أرطال منه ، يشترط فى قبضه القبض أو الكيل أو الوزن فلو قبض جزافا ما اشتراه مكايلة وقع المقبوض فى ضمانه (وأما) تصرفه فيه بالبيع ونحوه ، فان باع الجميع لم يصح ، لأنه قد يزيد على المستحق ، فان باع ما تيقن أنه له لم يصح أيضا على الصحيح الذى قال الجمهور : وفيه وجه ضعيف أنه يصح ، قال المتولى : هذا الوجه لأبى إسحق المروزى .

قال أصحابنا : وقبض ما اشتراه كيلا بالوزن أو وزنا بالكيل كقبضه جزافا ، ولو قال البائع : خذه فانه كذا فأخذه مصدقا له فالقبض فاسد أيضا ، حتى يقع اكتيال صحيح ، فان زاد رد الزيادة . فان نقص أخذ التمام فلو تلف المقبوض فزعم الدافع أنه كان قدر حقه أو أكثر وزعم القابض أنه كان دون حقه أو قدره ، فالقول قول القابض . فلو أقر بجريان الكيل لم يسمع منه خلافه ، واعلم أن للمبيع ــ مكايلة ــ صورا (منها) قوله : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم (ومنها) : بعتكها على أنها عشرة آصع ومنها بعتك عشرة آصع منها ، وهما يعلمان صيعانها ، أو لا يعلمان إذا جوزنا ذلك .

(فرع) ليس على البائع الرضا بكيل المشترى ، ولا على المشترى الرضا بكيل البائع ، بل يتفقان على كيال ، وإن لم يتراضيا نصب الحاكم أمينا يتولاه ، قاله الماوردى .

(فرع) مؤنة الكيل الذى يفتقر إليه القبض تكون على البائع كمؤنة إحضار المبيع الغائب فانها على البائع (وأما) مؤنة وزن الثمن فعلى المشترى لتوقف التسليم ومؤنة نقد الثمن هل هى على البائع ؟ أو المشترى ؟ فيه وجهان . قلت : (أصحهما) على البائع (وأما) مؤنة نقل المبيع بعد القبض إلى دار المشترى فعلى المشترى .

(فـرع) لو كان لزيد على عمرو طعام سلماً ، ولآخر مثله على زيد فأراد زيد أن يؤدى ما عليه ممـا له على عمرو فقال لغريمه : اذهب إلى عمرو فاقبض لنفسك مالى عليه فقبضه ، فهو قبض فاسد وكذا لو قال : أحضره معى لأكتاله منه لك ففعل وإذا فسد القبض فالمقبوض مضمون على القابض وهل تبرأ ذمة عمرو من حق زيد ؟ فيـه وجهان (أصحهما) نعم (فان قلنا :) لا تبرأ فعلى القابض رد المقبوض إلى عمرو على عمرو ، ولو قال زيد : اذهب فاقبضه له ثم اقبضه منى لنفسك بذلك الكيل ، أو قال : احضر معى لأقبضه لنفسى ، ثم تأخذه لنفسك بذلك الكيل ففعل ، فقبضه لزيد فى الصورة الأولى ، وقبض زيد لنفسه فى الثانية ، صحيحان وتبرأ ذمة عمرو من حق زيد ، والقبض الآخر فاسد ، والمقبوض مضمون عليه ، وفى وجه ضعيف يصح قبضه لنفسه فى الصورة الأولى .

ولو اكتال زيد وقبضه لنفسه ، ثم كاله على مشتريه وأقبضه فقـد جرى الصاعان ، وصح القبضان ، فان زاد حين قبضه ثانيا أو نقص فالزيادة لزيد والنقص عليه إن كان قدرا يقع بين الكيلين ، فان كان أكثر علمنا أن الكيل الأول غلط فيرد زيد الزيادة ويأخذ النقصان ، ولو أن زيدا لمـا اكتاله لنفسه لم يخرجه من المكيال وسلمه كذلك إلى مشتريه فوجهـان (أحدهما) لا يصح القبض الثانى حتى يخرجه ، ويبتدىء كيلا (وأصحهما) عند الأكثرين أن استدامته فى المكيال كابتداء الكيل ، وهذه الصورة كما تجرى فى دينى السلم تجرى فيما لو كان أحدهما مستحقا فى السـلم والآخر بقرض أو إتلاف .

(فـرع) قال أصحابنا : للمشترى أن يوكل فى القبض ، وللبائع أن يوكل فى الإقباض ، ويشترط فى ذلك أمران (أحدهما) أن لا يوكل المشترى من يده يد البائع كعبده ومستولدته ، ولا بأس بتوكيل أبيـه وابنه ومكاتبه ، وفى توكيل عبـده المـأذون له وجهـان (أصحهما)

لا يجوز • ولو قال للبائع : وكل من يقبض لى منك جاز ، ويكون وكيلا للمشترى فى التوكيل ، وكذا لو وكل البائع بأن يأمر من يشترى منه للموكل (الأمر الثانى) أن لا يكون القابض والمقبوض واحدا ، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلا فى الاقباض . ويوكله المشترى فى القبض . كما لا يجوز أن يوكله هذا فى البيع وذاك فى الشراء ولو كان عليه طعام وغيره من سلم أو غيره ، فدفع إلى المستحق دراهم وقال : اشترها بمثل ما تستحقه لى واقبضه ، ثم اقبضه لنفسك ، ففعل صح الشراء والقبض للموكل ، ولا يصح قبضه لنفسه لاتحاد القابض والمقبوض ، ولامتناع كونه وكيلا لغيره فى حق نفسه وفى وجه ضعيف يصح قبضه لنفسه . وإنما يمتنع قبضه من نفسه لغيره •

ولو قال : اشتر بهذه الدراهم لى واقبضه لنفسك ففعل صح الشراء . ولم يصح قبضه لنفسه ، ويكون المقبوض مضمونا عليه . وهل تبرأ ذمة الدافع من حق الموكل ؟ فيه الوجهان السابقان ولو قال : اشتر لنفسك، فالتوكيل فاسد وتكون الدراهم أمانة فى يده لأنه لم يقبضها ليتملكها ، فان اشترى نظر — إن اشترى فى الذمة — وقع الشراء له وأدى ثمنه من ماله ، وإن اشترى بعينها فوجهان (الصحيح) بطلان الشراء (والثانى) صحته • ولو قال لمستحق الحنطة : اكتل حقك من هذه الصبرة ففعل لم يصح قبضه على أصح الوجهين ، لأن الكيل أحد ركنى القبض ، وقد صار نائبا من جهة البائع ، ومتأصلا لنفسه ويستثنى عن الشرط الثانى ما إذا اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه أو لنفسه من مال الصغير ، فانه يتولى طرفى القبض كما يتولى طرفى البيع ، وفى احتياجه إلى النقل فى المنقول وجهان (أصحهما) يحتاج كما يحتاج إلى الكيل إذا باع كيلا •

(فرع) يستثنى عن صورة القبض المذكور إتلاف المشترى المبيع ، فانه قبض كما سبق •

(فــرع) قبض الجزء المشاع المبيع من دابة وثوب وغير ذلك إنما يحصل بتسليم الجميع ، ويكون ما عدا المبيع أمانة فى يده ، فلو طلب المشترى القسمة قبل القبض قال صاحب التتمة : يجاب إليها ، لأنا إن قلنا : القسمة إفراز فظاهر ، وإن قلنا : بيع فالرضا غير معتبر فيه ، فان الشريك يجبر عليه ، وإذا لم نعتبر الرضـــا جاز ألا نعتبر القبض كالشفعة ، والله سبحانه وتعالى أعلم ، هذا آخر ما نقله الرافعى رحمه الله .

(فــرع) قال المتولى : لو باع شيئا هو فى يد المشـترى قبل الشراء ، فان كان فى يده بجهة ضمان كغصب أو عارية أو سوم صار بمجرد الشراء مقبوضا له ، لأن البيع جهة ضمان أيضا ، فيسقط ضمان القمية ويحصل ضمان المشترى وإن كان فى يده بجهة أمانة كوديعة أو وكالة أو شركة أو قراض صار بمجرد البيع مقبوضا له ، ولا يحتاج إلى إذن فى القبض ، وهل يشترط مضى زمان يتأتى فيه النقص إذا كان المبيع غائبا عن مجلس العقد ؟ فيه وجهان . قال : ولنا وجه ضعيف أن من اشترى شيئا فى يده لا يصح قبضه إياه قبل أداء الثمن إلا باذن البائع ، قال : ولو باع الرهن للمرتهن بالدين لم يشترط الإذن فى القبض بلا خلاف ، وفى اشتراط مضى الزمان والنقل ما سبق من الخلاف .

(فــرع) قال الشيخ أبو عمرو بن الصـــلاح رحمـــه الله : قول الأصحاب : إنه إذا نقله من زاوية من دار البـــائع إلى زاوية لا يحصل القبض ، لأن الدار وما فيها فى يد البائع ، فيه إشـــكال لأنه إذا أخذه وأثبتناه له لنقله فمجرد هذا قبض ، ولا يتوقف كونه قبضا على وضعه فوضعه بعد احتواء يده عليه فى دار البائع لا يخرج ما سبق عن أن يكون قبضا ، بل كأنه قبضه ثم أعاده إلى يد البائع وقد احتج إمام الحرمين لمـــا ذكره الأصحاب بأنه لو دخل دار إنسان ثم تنازعا فى متاع قريب من الداخل فان اليد فيه لرب الدار لا للداخل ، بخلاف ما لو كانت يده محتوية عليه ،

قال الشيخ أبو عمرو : وهذا حجة على الإمام ، فانا لا نجعله قبضا بسبب نقله إلى ملك البائع ، بل لاحتواء يده عليه حالة النقل .

(فان قيل :) فهذا مبنى على ما ذكره الأصحاب أن القبض فيما يتناول باليد التناول وأن الثقيل لابد فيه من النقل لأن أهل العرف لا يعدون احتواء اليد على هذا قبضا من غير تحويل . لأن التزاحم لا يصلح قرارا لهذا الثقيل ، فاحتواء اليد عليه حالة الإشالة كعدم الاحتواء لاضطراره إلى إزالته على قرب (قلنا :) هذا جواب حسن ، ويتأيد بقوله ﷺ في الطعام : « حتى يحوزه التجار إلى رحالهم » ولكن الإشكال باق . فان احتواء اليد عليه حالة الحمل قبض حسى ، ولا يخفى أنه لو نازعه غيره وكانت اليد فيه لمن هو فى يده حسا وصدق فى قوله له بيمينه . فان كان النزاع بينه وبين مالك موضع النزاع [1] هذا آخر كلام أبى عمرو رحمه الله ، والجواب المذكور صحيح ، ولا يبقى بعده إشكال يلتفت إليه لأن أهل العرف لا يعدون مجرد دفعه قبضا والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) إذا انقضى الخيار ولزم البيع حصل الملك فى المبيع للمشترى ، وفى الثمن للبائع من غير توقف على القبض بلا خلاف ، ونقل المتولى وغيره فى إجماع المسلمين واحتج له بحديث ابن عمر السابق « كنت أبيع الإبل بالبقيع » إلى آخره .

(فرع) إذا باع بنقد معين أو بنقد مطلق ، وحملناه على نقد البلد ، فأبطل السلطان المعاملة به قبل القبض قال أصحابنا : لا ينفسخ العقد ولا خيار للبائع ، وليس له إلا ذلك النقد المعقود عليه ، كما لو اشترى حنطة فرخصت قبل القبض ، أو أسلم فيها فرخصت قبل المحل ، فليس له غيرها ، هكذا قطع به الجمهور ، وحكى البغوى والرافعى وجها

---

(1) كذا بالأصل فحرر (ش) ولعل جواب ان الشرطية هو : فان كان النزاع بينه وبين آخر كان صاحبه مالك موضع النزاع . (ط)

أن البائع مخير إن شاء أجاز البيع بذلك النقد . وإن شاء فسخه ، كما لو تغيب قبل القبض والمذهب الأول ، قال المتولى وغيره : ولو جاء المشترى بالنقد الذى أحدثه السلطان لم يلزم البائع قبوله . فان تراضيا به فهو اعتياض وحكمه حكم الاعتياض عن الثمن ، وعن أبى حنيفة رواية أنه يجب قبوله وعنه رواية أنه ينفسخ البيع ، دليلنا عليه فى الأول أنه غير الذى التزمه المشترى فلم يجب قبوله ، كما لو اشترى بدراهم وأحضر دنانير . ودليلنا فى الثانى أن المقصود عليه باق مقدور على تسليمه فلم يفسخ العقد فيه كما لو اشترى شيئا فى حال الغلاء فرخصت الأسعار .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى حقيقة القبض ، قد ذكرنا أن مذهبنا أن القبض فى العقار ونحوه بالتخلية ، وفى المنقول بالنقل ، وفى المتناول باليد التناول ، وبه قال أحمد ، وقال مالك وأبو حنيفة : القبض فى جميع الأشياء بالتخلية قياسا على العقار ، دليلنا حديث زيد بن ثابت الذى ذكره المصنف ، والمعنى الذى ذكره المصنف (فان قيل) فحوزه إلى الرحال ليس بشرط الإجماع (قلنا) دل الحديث على أصل النقل ، وأما التخصيص بالرحال فخرج على الغالب ، ودل الإجماع أنه ليس بشرط فى أصل النقل (والجواب) عن القياس على العقار أنه لا يمكن فيه إلا التخلية ، ولأنها قبض له فى العرف بخلاف المنقول والله سبحانه أعلم .

واحتج البيهقى للمذهب بحديث ابن عمر قال : « كنا فى زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه إلى مكان سواء قبل أن نبيعه » رواه مسلم رحمه الله ، وفى رواية ، « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية عنه قال « رأيت الناس فى عهد رسول الله ﷺ إذا ابتاعوا الطعام جزافا يضربون فى أن يبيعوه مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم » رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه ، كالطير في الهواء ، او السمك في الماء ، والجمل الشارد ، والفرس العاثر ، والعبد الآبق ، والمال المغصوب في يد الغاصب ، لحديث ابى هريرة رضى الله عنه « ان النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر » وهذا غرر ، ولهذا قال ابن مسعود : « لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر » ولان القصد بالبيع تمليك التصرف ، وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه ، فان باع طيرا فى برج مغلق الباب او السمك فى بركة لا تتصل بنهر — نظرت فان قدر على تناوله إذا اراد من غير تعب — جاز بيعه ، وإن كان فى برج عظيم او بركة عظيمة لا يقدر على اخذه إلا بتعب ، لم يجز بيعه ، لانه غير مقدور عليه فى الحال ، وإن باع العبد الآبق ممن يقدر عليه ، او المغصوب من الغاصب ، او ممن يقدر على اخذه منه جاز ، لانه لا غرر فى بيعه منه) .

(الشرح) حديث أبى هريرة صحيح سبق بيانه ، والأثر المذكور عن ابن مسعود صحيح رواه البيهقى مرفوعا منقطعا ، ثم قال : الصحيح أنه موقوف (وقوله) فى بركة — بكسر الباء — والنهر — بفتح الهاء — ويجوز إسكانها .

(اما الاحكام) فقد سبق أن أحد شروط المبيع القدرة على تسليمه ، قال أصحابنا : وفوات القدرة قد يكون حسيا ، وقد يكون شرعيا ، فمن الشرعى بيع المرهون والوقف وأم الولد وكذا الجانى فى قول ، وغير ذلك (وأما) الحسى ففيه مسائل :

(إحداها) لا يجوز بيع الطير فى الهواء ولا السمك فى الماء المملوكين له لما ذكره المصنف ، فلو باع السمك المملوك له وهو فى بركة لا يمكنه الخروج منها أو طير فى برج مغلق فان أمكن أخذه بلا تعب كبركة صغيرة وبرج صغير جاز بيعه بلا خلاف ، وإن لم يمكن أخذه إلا بتعب فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) وبه قطع المصنف

وآخرون ، وهو ظاهر النص فى المختصر . ونقله صاحب البيان عن النص لا يصح (والثانى) يصح كما يصح بيع ما يحتاج فى نقله إلى مؤنة كبيرة ، وهذا الوجه لابن سريج . قال الشيخ أبو حامد : هذا لا وجه له .

(أما) إذا كان باب البرج مفتوحا فلا يصح على الصحيح ، وبه قطع صاحب البيان ، لأنه لا يقدر على تسليمه لتمكنه من الطيران ، قال أصحابنا : وحيث صححناه فشرطه أن لا يمنع الماء رؤيته ، فان منعها ، ففيه قولا بيع الغائب إن عرف المتعاقدان قدره وصفته صح ، وإلا فلا يصح بلا خلاف ولو باع الطير فى حال ذهابها إلى الرعى أو غيره اعتمادا على عادة عودها فى الليل فوجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) عند جمهورهم لا يصح ، وهو ظاهر كلام المصنف وغيره (وأصحهما) عند إمام الحرمين الصحة كالعبد المبعوث فى شغل ، والمذهب الأول ، لأنه لا وثوق بعودها لعدم عقلها بخلاف العبد .

(الثانية) لا يجوز بيع العبد الآبق ، والجمل الشارد ، والفرس العائر ، والمال الضال ، ونحوها لما ذكره المصنف ، وسواء عرف موضع الآبق والضال ونحوه أم لا ، لأنه غير مقدور على تسليمه فى الحال ، هكذا قاله الأصحاب ، وكذا قال الرافعى : إنه المذهب المعروف .

قال الأصحاب : لا يشترط فى الحكم بالبطلان اليأس من التسليم ، بل يكفى ظهور التعذر ، قال : وأحسن بعض الأصحاب فقال : إذا عرف موضعه وعلم أنه يصله إذا رام وصوله فليس له حكم الآبق (قلت :) والمذهب ما سبق (وأما) المغصوب فاذا باعه مالكه — نظر إن قدر البائع على استرداده وتسليمه — صح البيع بلا خلاف كما يصح بيع الوديعة والعارية ، وإن عجز — نظر إن باعه لمن لا يقدر على انتزاعه من الغاصب — لم يصح قطعا وإن باعه من قادر على انتزاعه فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) وبه قطع المصنف وغيره يصح ، لما ذكره المصنف

والثانى) لا ، لأن البيع لا يقتضى تكليف المشترى تعب الانتزاع . وإن صححناه وعلم المشترى الحال فلا خيار له . ولـكن لو عجز عن انتزاعه لضعف عرض له أو قوة عرضت للغاصب فله الخيار على المذهب . وبه قطع الأكثرون . وفيه وجه أنه لا خيار ، حكاه الرافعي . وإن كان جاهلا حال العقد كونه مغصوبا فله الخيار بلا خلاف ؛ ولو باع الآبق ممن يسهل عليه رده ، ففيه الوجهان كالمغصوب (الصحيح) الصحة .

(فــرع) قال أصحابنا : يجوز تزويج الآبقة والمغصوبة وإعتاقهما بلا خلاف . قال فى البيان : ولا يجوز كتابة المغصوب لأنها تقتضى التمكين من التصرف .

(الثالثة) لو باع ملحا أو حمذا[1] وزنا ، وكان بحيث ينماع إلى أن يوزن ففي صحة بيعه وجهان (الأصح) لا يصح لإمكان بيعه جزافا .

(فــرع) قال الشافعي والأصحاب : لا يجوز أن يستأجر البركة لأخذ السمك منها ، لأن الأعيان لا تملك بالإجارة . فلو استأجر البركة ليحبس فيها المـاء ليجتمع فيها السمك ويصطاده فوجهان (أحدهما) لا يجوز ، قاله الشيخ أبو حامد (وأصحهما) عند الأصحاب جوازه ؛ وبه قطع صاحب الشامل وآخرون ، لأن البركة يمكن الاصطياد بها فجازت إجارتها كالشبكة ، قالوا : وقول الشافعي : لا تجوز إجارة البركة للحيتان أراد به إذا حصل فيها سمك وأجرها لأخذ ما حصل فيها ، وهذه الإجارة باطلة ، لأنها إجارة لأخذ العين ، فأما البركة الفارغة فانه يجوز إجارتهـا والله أعلم .

(فــرع) قد ذكرنا أن بيع الآبق باطل ، فلو عاد الآبق بعد البيع لم ينقلب البيع صحيحا عندنا ، وقال أبو حنيفة : ينقلب صحيحا واستدل

---

(1) كذا بالأصل ولعله جميدا ، وذلك كنحو ثلج او برد او شيء مما ينماع ويستحيل الى مائع واما اللفظة هنا فلا معنى لها لغة . (المطيعى)

أصحابنا بما لو باع طائرا فى الهواء ثم وقع فى يده ، فانه لا ينقلب العقد صحيحا . وحكى صاحب البيان عن ابن عمر أنه باع آبقا .

(فـرع) قال الرويانى : لو باع سفينة فى لجة البحر لا يقدر على تسليمها حال العقد لم يصح ، سواء كان فيها أم لا ، فان قدر جاز .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد ، وثوب من أثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة ، ويجوز أن يبيع قفيزا من صبرة ، لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر) .

(الشرح) القفيز مكيال معروف ، ومراد الفقهاء به التمثيل ، وأصل القفيز مكيال يسع اثنى عشر صاعا، والصاع خمسة أرطال وثلث بالبغدادى ، هكذا ذكره أهل اللغة ، وأصحاب الغريب وغيرهم ، قال الأزهرى : الإردب أربعة وعشرون صاعا ، وهو أربعة وسبعون منا ، والمنا رطلان ، والعنقل نصف إردب ، قال : والكرستون قفيزا ، والقفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف . وهو ثلاث حجليات والعرق ثلاثة آصـع وقول المصنف (لأن ذلك غرر من غير حاجة) احتراز من السلم ومن أساس الدار .

(اما الاحكام) فقد سبق أن من شروط المبيع كونه معلوما ، قال أصحابنا : وليس معناه أنه يشترط العلم به من كل وجه ، بل المشترط علم عينه وقدره وصفته ، وقد ذكر المصنف ذلك كله فى فصول متراسلة فبدأ باشتراط عين المبيع ، قال أصحابنا : لا يجوز بيع عين مجهولة ، فلو قال : بعتك أحد عبيدى أو أحد عبدى هذين أو شاة من هـذا القطيع أو من هاتين الشاتين أو ثوبا من هؤلاء أو من هذين أو ما أشبه ذلك ، فالبيع باطل . وكذا لو قال : بعتكهم إلا واحدا منها ، وسواء تساوت قيمهم وقيم الشياه والأثواب أم لا . وسواء قال : ولك الخيار فى التعيين أم لا ، فالبيع

باطل فى كل هذا عندنا بلا خلاف إلا قولا قديما حكاه المتولى أنه إذا قال : بعتك أحد عبيدى أو عبيدى الثلاثة على أن تختار من بينهم فى ثلاثة أيام أو أقل ، صح العقد ، وهذا شاذ مردود لأنه غرر ٠

ولو كان له عبد فاختلط بعبيد لغيره ولم يعرفه فقال : بعتك عبدى من هؤلاء والمشترى يراهم كلهم ولا يعرف عينه فوجهان ، قطع المتولى بأنه كبيع الغائب ففيه الخلاف ، وقال البغوى : عندى أن هذا باطل وهذا أصح ، ولو فرقت صيعان الصبرة المتماثلة فباع صاعا منها ، فالمشهور فى المذهب بطلان البيع ، وبه قطع الجمهور ، كما ذكرنا فى نظائره ، وحكى المصنف فى تعليقه عن شيخه القاضى أبى الطيب الطبرى فى صحة بيعه لعدم الغرر ، وكما لو باع بدرهم فانه يحمل على درهم من نقد البلد ، ولا يضر عدم تعينه ، والمذهب البطلان ، لأنه قد يختلف به غرض بخلاف الدراهم ، ولأنه يمكنه أن يبيع أحد الصيعان بعينه ، ولا يجوز إبهامه ، وأما الدراهم فتحتاج إلى إثباته فى الذمة ، والله سبحانه وتعالى أعلم ٠

(فــرع) قال أصحابنا : يجوز بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من دار أو أرض أو عبد أو صبرة أو ثمرة وغيرها ، لعدم الغرر ، لكن لو باع جزءا شائعا من شىء بمثله من ذلك الشىء بأن كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لشريكه بنصيبه ، ففى صحة البيع وجهان (الصحيح) الصحة وسبقت المسألة بفروعها وفوائدها فى آخر باب ما يجوز بيعه ، ولو باع الجملة واستبقى منها جزءا شائعا جاز ، مثاله : بعتك هذه الثمار إلا ربعها وقدر الزكاة منها ، ولو قال : بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا ، فان أراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور صح وكان استثناء للثلث وإن أراد ما يساوى ألفا عند التقويم فلا ، لأنه مجهول ، والله سبحانه أعلم ٠

(فــرع) إذا باع قفيزا من صبرة فقد قطع المصنف بالصحة ، ومراده إذا كانت الصبرة أكثر من قفيز وهى متساوية وكانت مجهولة الصيعان فباع صاعا منها فيصح على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وهو المنصوص وفيه وجه أنه لا يصح : وهو اختيار القفال ، وسنعيد المسألة واضحة إن شاء الله تعالى ، حيث بسطها المصنف بعد هذا فى فصل بيع مجهول القدر .

(فــرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيع عبد من عبيد ولا من عبدين ولا ثوب من ثياب ، ولا من ثوبين ، سواء شرط الخيار أم لا وقال أبو حنيفة : إذا باع عبدا من عبدين أو ثلاثة بشرط خيار ثلاثة أيام صح . وإن باعه عبدا من أربعة فأكثر لم يصح ، وقال مالك : إذا باع عبدا من عبيد أو ثوبا من ثياب وكلها متقاربة فى الصفة وشرط الخيار للمشترى صح البيع .

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها او نوعها لحديث ابى هريرة « ان النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر » وفى بيع مالا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير ، فإن علم الجنس والنوع بأن قال : بعتك الثوب المروى الذى فى كمى ، أو العبد الزنجى الذى فى دارى ، أو الفرس الأدهم الذى فى إصطبلى ففيــه قولان قال فى القديم والصرف : يصح ويثبت له الخيار إذا رآه ، لمـا روى ابن ابى مليكة « ان عثمان رضى الله عنه ابتاع من طلحة ارضا بالمدينة ناقله بارض له بالكوفة فقال عثمان : بعتك ما لم اره ، فقال طلحة : إنما النظر لى لانى ابتعت مغيبا وانت قد رايت ما ابتعت فتحا كما إلى جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز ، وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيبا . ولأنه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح (وقال) فى الجديد : لا يصــح لحديث ابى هريرة : « ان رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر » وفى هذا البيع غرر ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم (فإذا قلنا) بقوله القــديم فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات ام لا ؟ فيه ثلاثة اوجه (احدها) انه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه (والثانى) لا يصح ، حتى تذكر

الصفات المقصودة (والثالث) أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات ، وهو المنصوص فى الصرف لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت له الخيار إذا رآه فلا يحتاج إلى ذكر الصفات فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ، وإن وجده على ما وصف أو اعلا ، ففيه وجهان (أحدهما) لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه (والثانى) أن له الخيار، لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار .

وهل يكون له الخيار على الفور أم لا ؟ فيه وجهان (قال) ابن أبى هريرة: هو على الفور لأنه خيار تعلق بالرؤية ، فكان على الفور وخيار الرد بالعيب (وقال) أبو إسحق : ينقدر الخيار بالمجلس لأن العقد إنما يتم بالرؤية فيصير كأنه عقد عند الرؤية ، فيثبت له خيار كخيار المجلس (وأما) إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره ، جاز بيعه ، وقال أبو القاسم الأنماطى : لا يجوز فى قوله الجديد ، لأن الرؤية شرط فى العقد ، فاعتبر وجودها فى حال العقد كالشـــهادة فى النكاح ، والمذهب الأول ، لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة ، فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه ، وإن وجده ناقصا فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة ، وإن اختلفا فقال البائع لم يتغير ، وقال المشترى : تغير ، فالقول قول المشترى ، لأنه يؤخذ منه الثمن فلا يجوز من غير رضاه وإن كان مما يجوز أن يتغير ويجوز أن لا يتغير او يجوز ان يبقى ويجوز أن لا يبقى ، ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يصح ، لأنه مشكوك فى بقائه على صفته (والثانى) يصح ، وهو المذهب ، لأن الأصل بقاؤه على صفته فصح بيعه قياسا على ما لا يتغير) .

(**الشرح**) حديث أبى هريرة صحيح سبق بيانه أول الباب ، والأثر المذكور عن عثمان وطلحة رواه البيهقى باســـناد حسن ، لكن فيه رجل مجهول مختلف فى الاحتجاج به ، وقد روى مسلم له فى صحيحه (قوله) : الثوب المروى باسكان الراء بلا خلاف ولا يجوز فتحها : منسوب إلى مرو[1] المدينة المشهورة بخراسان ، والزنجى ــ بفتح الزاى وكسرها ــ

---

(١) هى مرو الشاهجان والنسبة اليها بحتلف الاشياء بها عن الأشخاص فنسبه الاشخاص اليها بزيادة زاى فيقال فلان المروزى أما الأشياء فيقال ثياب مروية وكذلك خيل مروية وأما مروروذ فالنسبة اليها مروروذى أو مرودى بتشديد الراء المضمومة . (المطيعى)

والإصطبل بهمزة قطع (قوله) : قال فى القديم والصرف أى فى بيان الصرف من الكتب الجديدة ، وهو أحد كتب الأم وابن أبى مليكة أسمه عبد الله بن عبد الله بن أبى مليكة واسم أبى مليكة زهير بن عبد الله بن جدعان ــ بضم الجيم وإسكان الدال المهملة ــ ابن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة التيمى المكى ، كنيته أبو بكر ، كان قاضى مكة لعبد الله ابن الزبير ومؤذنا له ، توفى سنة سبع عشرة (وقوله) ناقله بأرض له بالكوفة هو ــ بالنون والقاف ــ أى بادله بها ، ونقل كل واحد ملكه إلى موضع الآخر (وقوله) ابتعت مغيبا هو ــ بضم الميم وفتح الغين المعجمة وفتح الياء المشددة ــ (وقوله :) عقد على عين هو احتراز من السلم (وقوله) نوع بيع ، احتراز من الوصية والنكاح (وقوله :) خيار تعلق بالرؤية احتراز من اختيار الفسخ كالإعسار بالنفقة .

(أما الأحكام) فقد سبق أنه يشترط العلم بقدر المبيع وعينه وصفته وهذا الفصل مع الفصول التى بعده متعلقة بصفة المبيع ، وفى الفصل مسائل :

(إحداها) فى بيع الأعيان الحاضرة التى لم تر قولان مشهوران (قال) فى القديم والإملاء والصرف من الجديد : يصح (وقال) فى الأم والبويطى وعامة الكتب الجديدة : لا يصح . قال الماوردى فى الحاوى : نص الشافعى فى ستة كتب على صحته فى القديم والإملاء والصلح والصداق والصرف والمزارعة ، ونص فى ستة كتب أنه لا يصح فى الرسالة والسير والإجارة والغصب والاستبراء والتصرف فى العروض .

واختلف الأصحاب فى الأصح من القولين فصحح البغوى والرويانى صحته ، وصحح الأكثرون بطلانه ، ممن صححه المزنى والبويطى والربيع ، وحكاه عنهم الماوردى ، وصححه أيضا الماوردى والمصنف فى التنبيه والرافعى فى المحرر ، وهو الأصح ، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب ،

وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضع ، ويتعين هذا القول لأنه الآخر من نص الشافعي فهو ناسخ لما قبله •

قال البيهقي في كتابه معرفة السنن والآثار في أول كتاب البيوع : جوز الشافعي بيع الغائب في القديم وكتاب الصلح والصرف وغيرهما ، ثم رجع فقال : لا يجوز لما فيه من الغرر والله أعلم •

وفي محل القولين ثلاث طرق (أصحها) طردهما فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما ، ولا فرق بينهما (والثاني) أنهما فيما رآه البائع دون المشتري ، فان لم يره البائع فباطل قطعا ، لأنه يقتضي الخيار ، والخيار في جانب البائع تعبد (والثالث) إن رآه المشتري صح قطعا ، سواء رآه البائع أم لا فان لم يره ففيه القولان ، لأن المشتري محصل ، والبائع معرض ، والاحتياط للمحصل أولى ، وهذا الطريق هو اختيار العراقيين . قال أصحابنا ويجرى القولان في بيع الغائب وشرائه في إجارته وكونه رأس مال سلم إذا سلمه في المجلس ، وفي المصالحة عليه ، وفي وقفه (وأما) إذا أصدقها عينا غائبة ، أو خالعها عليها أو عفى عن القصاص ، صح النكاح ، وحصلت البينونة في الخلع ، وسقط القصاص ، ولا خلاف في هذه الثلاثة • وفي صحة المسمى فيها القولان ، فان لم نصحح وجب مهر المثل لها في مسألة الصداق وله في مسألة الخلع • ووجبت الدية على المعفو عنه وفي رهن الغائب وهبته القولان ، وقيل : هما أولى بالصحة لعدم الغرر ، ولهذا إذا صححناهما فلا خيار عند الرؤية (الثانية) إذا لم نجوز بيع الغائب وشرائه فعليه فروع (أحدها) استقصاء الأوصاف على الحد المعتبر في السلم ، هل يقوم مقام الرؤية ؟ وكذا سماع وصفه بطريق التواتر ، فيه وجهان (أصحهما) لا يقوم ، وبه قطع العراقيون (الثاني) إذا كان الشيء مما لا يستدل برؤية بعضه على الباقي فان كان المرئي صوانا له ــ بكسر الصاد وضمها ــ كقشر الرمان والبيض والقشر الأسفل

من الجوز واللوز وقشر البندق ونحوه كالخشكنان كفى رؤيته ، وصح البيع بلا خلاف ، ولا يصح بيع لب الجوز واللوز ونحوهما بانفراده ما دام فى قشره بلا خلاف ، لأن تسليمه لا يمكن إلا بتغيير عين المبيع .

(أما) إذا رأى المبيع من وراء قارورة هو فيها ، لم يكف بل هو بيع غائب ، لأن المعرفة التامة لا تحصل به ، وليس فيه صلاح له ، بخلاف السمك يراه فى المـاء الصافى مع سهولة أخذه ، فانه يصح بيعه كما سبق ، وكذا الأرض يعلوها ماء صاف ، لأن المـاء من صلاحها (وأما) إذا لم يكن كذلك فلا يكفى رؤية البعض على قولنا ببطلان بيع الغائب (وأما) التفريع على القول الآخر فسيأتى إن شاء الله تعالى (الثالث) قال أصحابنا : الرؤية فى كل شيء بحسب ما يليق به ، ففى شراء الدار يشترط رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلا وخارجا ، والمستحم والبالوعة ، وفى البستان يشترط رؤية الجدران والأشجار والأرض ومسايل المـاء ، ولا يشترط رؤية أساس البنيان والبستان والدار ، ولا عروق الأشجار ونحو ذلك .

وفى اشتراط رؤية طريق الدار والمـاء الذى يدور به الرحى وجهان (أصحهما) الاشتراط لاختلاف الغرض به ، قال أصحابنا : ويشترط فى العبد رؤية الوجه والأطراف ولا تجوز رؤية العورة ، وفى باقى البدن وجهان (أصحهما) الاشتراط ، وبه قطع البغوى وأبو الحسن العبادى فى كتاب الرقم وفى الجارية أوجه (أصحها) كالعبد (والثانى) يشترط رؤية ما يبدو عند الخدمة والتصرف (والثالث) يكفى رؤية الوجه والكفين وفى الأسنان واللسان وجهان (الأصح) لا يشترط ، وفى رؤية الشعر وجهان (أصحهما) الاشتراط . ويشترط فى الدواب رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها ورفع السرج أو الإكاف والجل . وهل يشترط أن تجرى الفرس بين يديه ليعرف سيرها ؟ فيه وجهان حكاهما الرويانى

والرافعى (الأصح) لا يشترط ويشترط فى الثوب المطوى نشره هكذا أطلقه الأصحاب وقطعوا به •

(قال) إمام الحرمين : يحتمل عندى أن لا يشترط النشر فى بيع الثوب التى لا تنشر أصلا إلا عند العقد ، لما فى نشرها من النقص والضرر • ثم إذا نشرت الثياب فما كان منها صفيقا كالديباج المنقوش اشترط رؤية وجهيه ، وكذا يشترط رؤية وجهى البسط[1] والزلالى • وأما ما كان رفيعا كالكرباس فيكفى رؤية أحد وجهيه على أصح الوجهين (قال) أصحابنا : ولا يصح بيع الثياب التوزية فى المنسوج على هذا القول ، وهى التوزية ــ بتاء مثناة فوق مفتوحة ثم واو مفتوحة مشددة ثم زاى ــ ويشترط فى شراء المصحف وكتب الحديث والفقه وغيرها تقليب الأوراق ، ورؤية جميعها ، وفى الورق البياض يشترط رؤية جميع الطاقات ، وممن صرح به القاضى والرافعى والبغوى وغيرهم •

(فــرع) أما القفاع[2] فقال أبو الحسن العبادى : يفتح رأسه فينظر فيه بقدر الإمكان ليصح بيعه • وأطلق الغزالى فى الإحياء أنه يصح بيعه من غير اشتراط رؤية ،وهذا هو الأصح لأن بقاءه فى الكوز من مصالحه ، ولأنه تشق رؤيته ، ولأنه قدرا يسير يتسامح به فى العادة ، وليس فيه غرر يفوت به مقصود معتبر •

(المسألة الثالثة) إذا جوزنا بيع الغائب فعليه فروع (أحدها) إذا لم تشترط الرؤية اشترط ذكر الجنس والنوع ، فيقول : بعتك عبدى التركى ، وفرسى العربى ، أو الأدهم أو ثوبى المروى ، أو الحنطة الجبلية ، أو السهلية ونحو ذلك ، فلو أخل بالجنس والنوع فقال : بعتك ما فى كفى

---

(١) الزلالى يبدو أنها جمع زلزل بكسر الزاى الثانية وهو الأثاث والمتاع والزلزول كسرسور الخفيف الظريف . (المطيعى)

(٢) القفاع كرسان نبات مقتع كأنه ترون صلابة يقال لبابسه ! (المطيعى)

أو كمى أو خزانتى أو ميراثى من فلان ، ولم يكن المشترى والبائع يعرف ذلك لم يصح البيع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور • وفيه وجه أنهما لا يشترطان ، فيصح بيع ما فى الكم ونحوه ، ووجه ثالث أنه يشترط ذكر الجنس دون النوع ، فيقول : عبدى ، وهــذان الوجهان حكاهما الخراسانيون وهما شاذان ضعيفان •

وإذا ذكر الجنس والنوع ففى افتقاره مع ذلك إلى ذكر الصفات ثلاثة أوجه مشهورة ، ذكرها المصنف بأدلتها (أصحها) عند الأصحاب : لا يفتقر ، وهو المنصوص فى القديم والإملاء والصرف (والثانى) : يفتقر إلى ذكر معظم الصفات ، وضبط الأصحاب ذلك بما يصف به المدعى عند القاضى (والثالث) : يفتقر إلى ذكر صفات السلم ، وهذان الوجهــان ضعيفان ، والثالث أضعف من الثانى والثانى قول القاضى أبى حامد المروزى والثالث قول أبى على الطبرى • فعلى المنصوص لو كان له عبدان من نوع فباع أحدهما اشترط تمييزه بسن أو غيره ــ قال المــاوردى : واتفق أصحابنا على أنه لا يشترط ذكر جميع الصفات ، فان وصفها بجميعهــا فوجهان (أحدهما) وهو قول أصحابنا البغداديين : يصح لأنه أبلغ فى نفى الغرر (والثانى) وهو قول البصريين : لا يصح لأنه يصير فى السلم ، والسلم فى الأعيان لا يجوز ، وهذا شاذ ضعيف •

(فــرع) قال المــاوردى : إن كان المبيع مما لا ينقل كالدار والأرض اشترط ذكر البلد الذى هو فيه ، فيقول بعتك دارا ببغداد ، وفى اشتراط ذكر البقعة من البلد وجهان ، وإن كان مما ينقل كالعبد والثوب اشترط ذكر البلد الذى هو فيه ، لأن القبض يتعجل إن كان قريبا أو يؤجل إن كان بعيدا أو لا يشترط ذكر البقعة من البلد ، وإذا ذكر البلد الذى فيه المبيع لزمه تسليمه فيه لا فى غيره فان شرط المشترى على البائع أن يسلمه فى بلد البيع وكان المبيع فى غيره فالبيع باطل بخلاف السلم ، لأنه فى الذمة هذا كلام المــاوردى ، وحكاه الرافعى عن بعض الأصحاب وسكت عليه •

(الثانى) إذا شرطنا الوصف فوصفه ، فان وجده دون ما وصف ، فللمشترى الخيار بلا خلاف ، وإن وجده كما وصف فطريقان (أحدهما) القطع بثبوت الخيار وبه قطع المصنف فى التنبيه وجماعة وهو المنصوص (وأشهرهما) أنه على وجهين ذكرهما المصنف بدليلهما هنا (أصحهما) ثبوته (أما) إذا قلنا : لا يشترط فللمشترى الخيار عند الرؤية ، سواء كان شرط الخيار أم لا ، هذا هو المذهب ، وفيه وجه أنه لا يثبت إلا أن يكون شرطه والصحيح الأول ، وهل له الخيار قبل الرؤية حتى ينفذ فسخه وإجازته ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) ينفذان (والثانى) لا ينفذ واحد منهما (والثالث) وهو الصحيح ينفذ فسخه قبل الرؤية دون إجازته •

هذا كله فى المشترى (وأما) البائع ففيه ثلاثة أوجه (أصحها) لا خيار له سواء كان رأى المبيع أم لا ، لأن الخيار فى جانبه تعبد (والثانى) له الخيار فى الحالين كالمشترى (والثالث) له الخيار إن لم يكن رآه وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه ، وحيث قلنا : يثبت خيار الرؤية هل يكون على الفور ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يمتد ما دام مجلس الرؤية ، وهو قول أبى إسحق المروزى (والثانى) أنه على الفور ، وبه قال أبو على ابن أبى هريرة •

قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه السلسلة : هذان الوجهان مبنيان على وجهين فى ثبوت خيار المجلس فى بيع الغائب (أحدهما) يثبت كما يثبت فى بيع العين الحاضرة (والثانى) لا يثبت للاستغناء عنه بخيار الرؤية ، فعلى الأول خيار الرؤية على الفور ، لئلا يثبت خيار مجلسين فى وقت واحد ، وعلى الثانى يمتد إلى انقضاء المجلس قال : والفرع مبنى على أصل آخر ، وهو أنه إذا مات أحد العاقدين فى المجلس وقلنا بالمذهب والمنصوص أنه ينتقل الخيار إلى الوارث فالى متى يمتد ؟ فيه وجهان (أحدهما) على الفور (والثانى) ما دام الوارث فى مجلس خبر الموت ، وقد سبقت المسألة واضحة •

(الثالث) هل يجوز أن يوكل فى الرؤية من يفعل ما يستصوبه من فسخ أو إجازة ؟ فيه وجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) يجوز كما يجوز التوكيل فى خيار الخلف والرد بالعيب (والثانى) لا ، لأنه خيار شهوة ، ولا يتوقف على نقص ولا غرض ، فلا يجوز التوكيل فيه ، كمن أسلم على أكثر من أربع نسوة فانه لا يصح توكيله فى الاختيار .

(الرابع) إذا لم نشترط الرؤية فاختلفا فقال البائع للمشترى : أنت رأيت المبيع فلا خيار لك ، فأنكر المشترى ؛ فوجهان (أصحهما) يصدق المشترى بيمينه (والثانى) البائع ، فان شرطنا الرؤية فاختلفا فقال الغزالى فى الفتاوى القول قول البائع ، لأن إقدام المشترى على العقد اعتراف بصحته ، قال الرافعى : فلا ينفك هذا عن خلاف ، قلت : هذه المسألة هى مسألة اختلاف المتبايعين فى شرط يفسد العقد ، وفيها القولان المشهوران ، الأصح قول مدعى الصحة (والثانى) قول مدعى الفساد ، فيتعين جريان القولين فى مسألتنا ولعل الغزالى فرعها على الأصح .

(فرع) لو رأى ثوبين فسرق أحدهما فاشترى الثانى ولا يعلم أيهما المسروق قال الغزالى فى الوسيط : إن تساوت قيمتهما وصفتهما وقدرهما كنصفى كرباس واحد صح البيع بلا خلاف ، وإن اختلفا فى شىء من ذلك ففيه القولان فى بيع الغائب ، وهذا الذى قاله حسن ، ولا يقال : هذا بيع ثوب من ثوبين ، لأن المبيع هنا واحد بعينه ، ولكن ليس مرئيا حالة العقد ، وقد سبقت رؤيته فاكتفى بها . واعلم أن الشيخ أبا عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى اعترض على الغزالى فى هذا الفرع فقال : جزم بالصحة فيما إذا تساوت صفتهما وقدرهما وقيمتهما مع إجرائه الخلاف فى الصورة الثانية قال : والتحقيق يوجب إجراء الخلاف السابق فى استقصاء الأوصاف فى صورة التساوى كما أجراه فى مسألة الأنموذج التى سنذكرها إن شاء الله تعالى لأنه اعتمد مساواة غير المبيع للمبيع فى

الصفة المعلق به بالمشاهدة فهو كالأنموذج الذى ليس بمبيع ، المساوى، فى الصفة للمبيع ولا فرق ، فان ذكره التساوى فى القيمة اعتبار للقيمة مع الوصف ولا وجود لمثاله فى هذا الباب هـذا كلام أبى عمرو ، وهذان الاعتراضان اللذان ذكرهما فاسدان (أما الأول) فليس هذا كمسألة الأنموذج ، لأن المبيع غير الأنموذج ليس مرئيا ولا سبقت رؤيته ، وهنا سبقت رؤية الثوبين (وأما) قوله : يجب إجراء الخلاف المذكور فى الثانية فى الأولى فالفرق أن الثوبين فى الثانية مختلفين ، فيحصل الغرر بخلاف الأولى (وأما) الاعتراض الثانى فجوابه أنه قد تختلف القيمة مع اتحاد القدر والصفة فى نحو العبيـد والجوارى فيحصل الغرر والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) هل يشترط الذوق فى الخل ونحوه على قولنا باشتراط الرؤية ؟ وكذلك الشم فى المسك ونحوه واللبس فى الثياب ونحوها ؟ فيه طريقـان (أصحهما) وبه قطع الأكثرون واقتضـاه كلام الجمهور أنه لا يشترط ، قال الرافعى : هو الصحيح المعروف (والثانى) حكاه المتولى فيه وجهان (أصحهما) هذا ، لأن معظم المقصود يتعلق بالرؤية فلا يشترط غيرها (والثانى) يشترط لأنه يقع فى هذا النوع اختلاف .

(فـرع) لو تلف المبيع فى يد المشترى قبل الرؤية على قولنا بجواز بيع الغائب ففى انفساخ البيع وجهان كنظيره فى خيار الشرط وقد سبقت المسألة بفروعها فى مسائل خيار الشرط . ولو باعه قبل الرؤية لم يصح بلا خلاف ، بخلاف ما لو باعه فى زمن خيار الشرط فانه يصح على أصح الوجهين كما سبق فى موضعه ، لأنه يصير مجيزا للعقد ، وهنا لا تصح الإجارة قبل الرؤية على الصحيح كما سبق ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) لو رأى بعض الثوب وبعضه الآخر فى صندوق ، فطريقان (المذهب) وبه قطع الجمهور أنه على القولين فى بيع الغائب (والثانى)

باطل قطعا ، لأن ما رآه لا خيار فيه ، وما لم يره فيه الخيار ، والجمع بين الخيار وعدمه فى عين واحدة ممتنع ، والطريق الأول قول أبى إسحق والثانى حكاه الماوردى عن كثير من البصريين وغيرهم • ولو كان المبيع شيئين رأى أحدهما فقط ، فان أبطلنا بيع الغائب ففى صحة العقد فيهما القولان فيمن جمع فى صفقة واحدة مختلفى الحكم ، كالبيع والإجارة ، لأن ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار (فان صححناه) وهو الأصح فله الرد فيما لم يره وإمساك ما رآه •

(المسألة الرابعة) إذا لم نجوز بيع الغائب فاشترى ما رآه قبل العقد ولم يره حال العقد فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون مما لا يتغير غالبا كالأرض والأواني والحديد والنحاس ونحوها ، أو كان لا يتغير فى المدة المتخللة بين العقد والرؤية ، صح البيع على المذهب ، ولا يجىء فيه الخلاف فى بيع الغائب هكذا قطع جماهير الأصحاب ، وشذ الأنماطى فأبطل البيع ، وهذا فاسد ، ودليل الجميع فى الكتاب ، قال الرويانى فى البحر : وقد ذكر أبو بكر البيهقى عن عبد العزيز بن مقلاص من تلامذة الشافعى أنه نقل عن الشافعى مثل قول الأنماطى (فاذا قلنا) بالمذهب فوجده كما رآه أولا فلا خيار له بلا خلاف ، لأنه ليس ببيع غائب ، وإن وجده متغيرا فالمذهب الذى قطع به الأصحاب أن البيع صحيح ، وله الخيار ، وحكى الغزالى فى الوسيط أنه يتبين بطلان البيع ليتبين ابتداء المعرفة حالة العقد والصواب الأول •

قال إمام الحرمين : وليس المراد بتغييره حدوث عيب ، فان خيار العيب لا يختص بهذه الصورة ، بل الرؤية بمنزلة الشرط فى الصفات الكائنة عند الرؤية فكل ما فات منها فهو كتبين الخلف فى الشرط فيثبت الخيار (الحال الثانى) أن يكون المبيع مما يتغير فى ذلك المدة غالبا فان رأى ما يسرع فساده من الأطعمة ثم اشتراه بعد مدة يتغير فيها فى العادة ،

فالبيع باطل لأنه بيع مجهول (الثالث) أن يمضى على المبيع بعد الرؤية يحتمل أن يبقى فيه ، ويحتمل أن لا يبقى ، ويحتمل أن يتغير فيه ، ويحتمل أن لا يتغير أو كان حيوانا فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عنده وعند الأصحاب صحة العقد ، فعلى هذا إن وجده متغيرا فله الخيار ، وإلا فلا (والثانى) لا يصح قال المتولى : هو قول المزنى وأبى على ابن أبى هريرة ، وذكر المـاوردى هذا الخلاف قولين ، قال : الأول نصه فى كتاب البيوع ، وبه قال أكثر الأصحاب والثانى أشـار إليه فى كتاب الغصب ، واختاره المزنى والله سبحانه أعلم .

(فـرع) إذا اختلفا فى هذه الأحوال فى التغير فادعاه المشترى ، وأنكره البـائع ، فوجهـان (الصحيح) المنصوص ، وبه قطع المصنف وكثيرون أن القول قول المشترى بيمينه ، لأن البائع يدعى عليه علمـه بهذه الصفة ، فلم يقبـل كادعائه اطلاعه على العيب (والثانى) حكاه الخراسانيون عن صاحب التقريب القول قول البائع بيمينه ، لأن الأصل عدم التغير ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) قد ذكرنا أنه إذا سـبقت رؤيتـه فله ثلاثة أحوال قال المـاوردى : صورة المسألة أن يكون حال البيع متذكرا للأوصاف ، فان نسيها لطول المدة ونحوها فهو بيع غائب ، وهذا الذى قاله غريب ، ولم يتعرض له الجمهور .

(فـرع) لو رأى بعض المبيع دون البعض وهو مما يستدل برؤية بعضه على الباقى صح البيـع بلا خلاف ، قال أصحابنا : وذلك كصبرة الحنطة تكفى رؤية ظاهرها ، ولا خيار له إذا رأى بعد ذلك باطنها ، إلا إذا خالف ظاهرها ، قال المتولى : وحكى أبو سهل الصعلوكى قولا شاذا أنه لا يكفى رؤية ظاهر الصبرة بل يشترط أن يقلبها ليعرف باطنها ، والمذهب الأول ، وبه قطع الأصحاب وتظـاهرت عليه نصوص الشـافعى . قال

أصحابنا: وفى معنى الحنطة والشعير صبرة الجوز واللوز والدقيق ونحوها ، فلو رأى شيئا منها فى وعائه فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن والزيت والخل وسائر المائعات فى ظروفها ، كفى ذلك وصح البيع ، ولا يكون بيع غائب • ولو كانت الحنطة فى بيت مملوء منها فرأى بعضها من الكوة أو الباب ، كفى إن عرف سعة البيت وعمقه ، وإلا فلا ، وكذا حكم الحمد فى المحمدة إن رأى أعلاه وعرف سعتها وعمقها صح البيع وإلا فلا •

قال أصحابنا : ولا يكفى رؤية صبرة السفرجل والرمان والبطيخ ونحو ذلك ، بل يشترط رؤية كل واحد منها ، قالوا : ولا يكفى فى سلة العنب والتين والخوخ ونحو ذلك رؤية أعلاه لكثرة الاختلاف فيها بخلاف الحبوب (وأما) الثمر فان لم يلتزق بعض حباته ببعض فصبرته كصبرة الجوز واللوز فيصح بيعها ، وإن التزقت كقوصرة التمر[1] فوجهان حكاهما المتولى وآخرون (الصحيح) الاكتفاء برؤية أعلاها (والثانى) لا يكفى بل يكون بيع غائب وذكر الماوردى فيه طريقين من غير تفصيل اللازق وغيره (أحدهما) على قول بيع الغائب (وأصحهما) وهو قول جمهور الأصحاب ــ يصح قولا واحدا (وأما) القطن فى الأعدال فهل يكفى رؤية أعلاه ؟ فيه خلاف حكاه الصيمرى ، قال : والأشبه عندى أنه كقوصرة التمر ، وهذا هو الصحيح •

(فــرع) إذا رأى أنموذجا من المبيع منفصلا عنه ، وبنى أمر المبيع عليه ــ نظر إن قال : بعتك من هذا النوع كذا وكذا ــ فالمبيع باطل ، لأنه لم يعين مالا ــ ولم يراع شروط السلم ، ولا يقوم ذلك مقام الوصف فى السلم على الصحيح من الوجهين ، لأن الوصف يرجع إليه عند النزاع بخلاف هذا •وإن قال : بعتك الحنطة التى فى هذا البيت ، وهذا الأنموذج

---

(1) يسمى العامة فى الديار المصرية قوصرة التمر اللاصق بعضه ببعض عجوة . والعجوة عندنا نوع من أجود أنواع تمر المدينة أو هو أجودها . (ط)

منها ، فان لم يدخل الأنموذج فى البيع فوجهان (أصحهما) لا يصح البيع ، لأن المبيع غير مرئى وإن أدخله صح على أصح الوجهين ، كما لو رآه متصلا بالبـاقى • وإن شئت جمعت الصورتين فقلت : فيه ثلاثة أوجه (أحدها) الصحة (والثانى) البطلان (وأصحها) إن أدخل الأنموذج فى البيع صح ، وإلا فلا ثم صورة المسألة مفروضة فى المتماثلات والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) إذا اشترى الثوب المطوى وصححناه ، فنشره واختار الفسخ ، ولم يحسن طيه وكان لطيه مؤنة ، قال القفال فى شرح التلخيص : وجبت مؤنة طيه على المشترى كما لو اشترى شيئا ونقله إلى بيته فوجد به عيبا ، فان مؤنة رده على المشترى •

(فـرع) قال أصحابنا : لا يصح بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ بلا خلاف سواء جوزنا بيع الغائب أم لا ، سواء باع الجلد واللحم معا أو أحدهما ، ولا يجوز بيع الأكارع والرءوس قبل الإبانة ، وفى الأكارع وجه شاذ أنه يصح بيعها ويجوز بيعهما بعد الإبانة نيئة ومشوية ، وكذا المسموط نيئا ومشويا وفى النيىء احتمال لإمام الحرمين من حيث إنه مستور بالجلد ، والمذهب الصحة لأنه جلد مأكول فأشبه المشوى •

(فـرع) إذا رأى فصا لم يعـلم أنه جوهر أو زجاج فاشتراه ، فوجهان حكاهما المتولى (أحدهما) لا يصح البيع ، لأن مقصود الرؤية انتفاء الغرر ولم يحصل (وأصحهما) يصح لوجود العلم بعينه •

(فـرع) قال الرويانى : لو رأى أرضا وآجرا وطينا ثم بنى حماما فى تلك الأرض بذلك الآجر والطين ، فاشترى الحمام ولم يره وهو حمام ، فيحتمل أن يصح البيع ، لأن أكثر ما تغير الصفات ، وذلك لا يبطل البيع . ويحتمل أن لا يصح ، لأن الرؤية لم تحصل على العادة ، قال : وهـذا

أصح ، قال : وعلى هذا لو رأى رطبا ثم اشتراه تمرا لم يصح ، قلت : هذا الاحتمال الثانى هو الصواب ، لأن هذا غرر كبير تختلف به الأغراض ، هذا إذا لم يصح بيع الغائب .

(فـرع) قال الرويانى : قال القفال : يصح لو رأى سخلة فصارت شاة أو صبيا فصار رجلا ولم يره غير الرؤية الأولى ثم اشتراه ، ففيه قولا بيع الغائب ، وقال أبو حنيفة : يصح ولا خيار .

(فـرع) قال المـاوردى : إذا جوزنا بيع الغائب فتبايعاه بشرطه ، فهل العقد تام قبل الرؤية ؟ فيه وجهان (أحدهما) قاله أبو إسحق المروزى: ليس تاما ، لأن تمامه بالرضا به ، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا ، فعلى هذا إن مات أحدهما بطل العقد ولم يقم وارثه مقامه ، لأن العقد الذى ليس بلازم يبطل بالموت . وكذا لو جن أحدهما أو حجر عليه بسفه بطل العقد ، ولكل واحد منهما الفسخ قبل الرؤية (والثانى) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أن العقد تام ، ولهما خيـار المجلس ما لم يتفرقا ، فان مات أحدهما لم يبطل العقد ، بل يقوم وارثه مقامه ، وإن جن أو حجر عليه قام وليه مقامه ، وليس لأحدهما الفسخ قبل الرؤية ، قال المـاوردى : وثبوت الخيار عند الرؤية ينبنى على هذا الخلاف ، فعند أبى إسحق أن خيـار المجلس عند الرؤية ، ويدوم ما لم يفارق المجلس ، قال : وله أن يشترط فى المجلس خيار الثلاث ، وتأجيل الثمن والزيادة فيه والنقصان منه ، وعند أبى على لا خيار له إلا بعيب ، وليس له شرط خيـار الثلاث ولا تأجيل الثمن ولا الزيادة فيه ولا النقص منه .

(فـرع) قال المـاوردى : بيع العين الغائبة بشرط نفى خيـار الرؤية باطل بلا خلاف (قال :) فأما بيع الحاضر بشرط خيار الرؤية كثوب فى سفط أو مطوى ، ففيه وجهان (أحدهمـا) أنه على القولين فى بيع الغائب ، لأنه أبعد من الغرر (والثانى) لا يصح قولا واحدا قال : وهو

قول أكثر أصحابنا وإليه أشار أبو إسحق وأبو على ابن أبى هريرة ، لأن الحاضر تمكن رؤيته ، فلا ضرورة إلى بيعه بشرط خيار الرؤية بخلاف الغائب . هذا كلام الماوردى وذكر الرويانى مثله بحروفه إلا أنه ذكر فى بيع الغائب بشرط نفى خيار الرؤية وجها شاذا أنه يصح البيع ، ويلغو الشرط تخريجا من الخلاف فى البيع بشرط البراءة من العيوب .

(فـرع) قال المـاوردى : بيع الجزر والسلجم ـ وهو الذى يقال له فى دمشق اللفت[1] ـ والبصل ونحوها فى الأرض قبل قلعه بشرط خيار الرؤية فيه طريقان : (أحدهما) على القولين فى بيع الغائب (والثانى) لا يصح قولا واحدا ، قال : وهو قول سائر أصحابنا ، والفرق بينه وبين بيع الغائب من وجهين (أحدهما) أن الغائب يمكن وصفه بخلاف هـذا (والثانى) أن الغائب إذا فسخ العقد فيه يرده المشترى كما كان بخلاف هـذا .

(فـرع) إذا جوزنا بيع الغائب فاشترى ثوبا غائبا فحضر ونشر بعضه ونظر إليه ، قال الرويانى : لا يبطل خياره حتى يرى جميعه .

(فـرع) قال الرويانى : لو كان المبيع مضبوطا بخبر ففى بيعه طريقان (أحدهما) يصح (والثانى) فيه القولان فى بيع الغائب .

(فـرع) قال أصحابنا : الاعتبار فى رؤية المبيع وعدمها بالعاقد . فاذا وكل من يشترى له عينا ، فان رآها الوكيل حال العقد أو قبله . واكتفينا بالرؤية السابقة ، صح البيع قولا واحدا ، سواء كان الموكل رآها أم لا ، ولا خيار إذا رآها بعد العقد ، وإن لم يرها الوكيل ، ولكن رآها الموكل ، فهو بيع غائب ، ففيه القولان .

---

(1) وكذلك يسمى فى مصر ولا يؤكل الا مخللا . (ط)

(فـرع) قال أصحابنا :لو كان الثوب على منسج قد نسج بعضه ، فباعه على أن ينسج البائع باقيه ، لم يصح البيع بلا خلاف ، ونص عليه الشافعي في كتاب الصرف لعلتين .

(فـرع) إذا اشترى جبة محشوة ، ورأى الجبة دون الحشو ، صح البيع ، كما يصح بيع الدار وإن لم ير أساسها ، وقد نقل المـازرى المـالكي وغيره الإجماع على صحة بيع الجبة ، وقد ذكرناه في أول هذا الباب .

(فـرع) في مذاهب العلماء في بيع العين الغائبة .

قد ذكرنا أن أصح القولين في مذهبنا بطلانه ، وبه قال الحـكم وحماد ، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد وابن المنذر وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم : يصح ، نقـله البغوى وغيره عن أكثر العلماء ، قال ابن المنذر : فيه ثلاثة مذاهب (مذهب) الشافعي أنه لا يصح (والثاني) يصح البيع إذا وصفه ، وللمشترى الخيار ، إذا رآه ، سواء كان على تلك الصفة أم لا ، وهو قول الشعبي والحسن والنخعي والثوري وأبي حنيفة وغيره من أهل الرأى (والثالث) يصح البيع ، وللمشترى الخيار إن كان على غير ما وصف ، وإلا فلا خيار ، قاله ابن سيرين وأيوب السختياني ومالك وعبيد الله بن الحسن وأحمد وأبو ثور وابن نصر ، قال ابن المنذر : وبه أقول .

واحتج لمن صححه بقوله تعالى : (وأحل الله البيع) [1] وهذا على عمومه إلا بيعا منعه كتاب أو سنة أو إجماع وبحديث أبي بكر بن عبد الله ابن أبي مريم عن مكحول عن النبي ﷺ « قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه » وبحديث عمر بن إبراهيم

---

(١) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

ابن خالد عن وهب البكرى عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة عن النبى ﷺ « قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه » وبحديث عثمان وطلحة المذكور فى الكتاب وقد سبق بيانه قالوا : وقياسا على النكاح فانه لا يشترط رؤية الزوجين بالإجماع وقياسا على بيع الرمان والجوز واللوز فى قشره الأسفل ؛ وقياسا على ما لو رآه قبل العقد ؛ واحتج الأصحاب بحديثى أبى هريرة وابن عمر أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الغرر » رواهما مسلم ، وهذا غرر ظاهر فأشبه بيع المعدوم الموصوف ، كحبل الحبلة وغيره ، وبحديث : « لا تبع ما ليس عندك » وسبق بيانه ؛ وقياسا على من باع النوى فى التمر .

(وأما) الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فهى عامة مخصوصة بحديث النهى عن بيع الغرر (والجواب) عن حديث مكحول فهو أنه حديث ضعيف باتفاق المحدثين وضعفه من وجهين (أحدهما) أنه مرسل لأن مكحولا تابعى (والثانى) أن أحد رواته ضعيف ؛ فان أبا بكر ابن أبى مريم المذكور ضعيف باتفاق المحدثين ، وكذا الجواب عن حديث أبى هريرة فانه أيضا ضعيف باتفاقهم وعمر بن إبراهيم بن خالد مشهور بالضعف ووضع الحديث . وممن روى هذين الحديثين وضعفهما الدارقطنى والبيهقى ؛ قال الدارقطنى : أبو بكر ابن أبى مريم ضعيف ، وعمر بن إبراهيم يضع الحديث قال : وهذا حديث باطل لم يروه غيره ، وإنما يروى هذا عن ابن سيرين من قوله .

(والجواب) عن قصة عثمان وطلحة وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك فى الصحابة رضى الله عنهم (والصحيح) عندنا أن قول الصحابة ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة (والجواب) عن قياسهم على النكاح أن المعقود عليه هناك استباحه الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالبا .

(والجواب) عن قياسهم على الرمان والجوز أن ظاهرهما يقوم مقام باطنهما فى الرؤية ؛ كصبرة الحنطة ، ولأن فى استتار باطنها مصلحة لهـا كأساس الدار بخلاف بيع الغائب .

(والجواب) عن قياسهم على ما لو رآه قبل العقد أن المبيع هناك يكون معلوما للمشترى حال العقـد ، بخلاف مسـألتنا والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن باع الأعمى أو اشترى شيئا لم يره (فإن قلنا) إن بيع ما لم يره البصير لا يصح ، لم يصح بيع الأعمى وشراؤه (وإن قلنا) يصح ففى بيع الأعمى وشرائه وجهان (أحدهما) يصح ، كما يصح من البصير فيما لم يره ، ويستنيب فى القبض والخيار كما يستنيب فى شرط الخيار (والثانى) لا يصح لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤية وذلك لا يوجد فى حق الأعمى ، ولا يمكنه أن يوكل فى الخيار لأنه خيار ثبت بالشرع ، فلا تجوز الاستنابة فيه كخيار المجلس بخلاف خيار الشرط) .

(الشرح) قال أصحابنا : المذهب بطلان بيع الأعمى وشرائه وهذا مختصره وتفصيله أنه إن لم نجوز بيع الغائب وشراءه لم يصح بيع الأعمى ولا شراؤه ، وإن جوزناه فوجهان (أصحهما) لا يجوز أيضا لأنه لا طريق له إلى رؤيته فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار (والثانى) يجوز ، فيقام وصف غيره له مقام رؤيته ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد فان صححناه قال المتولى وغيره : يثبت له الخيار عند وصف السلعة له ، ويكون الوصف بعد العقد كرؤية البصير (فان قلنا) لا يصح بيعه وشراؤه لم تصح أيضا إجارته ورهنه وهبته ، وفى مكاتبته عبده وجهان حكاهما المتولى وآخرون (أصحهما) جوازه ، صححه المتولى تغليبا للعتق (والثانى) لا يجوز ؛ وبه قطع البغوى ، ويجوز أن يؤجر نفسه ، وللعبد الأعمى أن يشترى

نفسه ، وأن يقبل الكتابة على نفسه لعلمه بنفسه ، ويجوز أن يتزوج بلا خلاف •

وفى ثبوت ولايته فى النكاح وجهان مشهوران (أحدهما) لا يصح تزويجه (وأصحهما) يصح فعلى هذا إذا زوج وكان الصداق مالا معينا لم يثبت المسمى ، بل يجب مهر المثل وكذا لو جامع على مال معين (أما) إذا أسلم فى شيء أو أسلم إليه فان كان عمى بعد بلوغه سن التمييز صح السلم بلا خلاف ، لأنه يعرف الأوصاف ثم يوكل من يقبض عنه : ولا يصح قبضه بنفسه على أصح الوجهين ، لأنه لا تمييز بين المستحق وغيره ، فان خلق أعمى أو أعمى قبل التمييز فوجهان (أحدهما) لا يصح ، وهو الأصح عند المتولى (وأصحهما) عند العراقيين والجمهور من غيرهم الصحة ، وهو المنصوص أو ظاهر النص ، لأنه يعرف بالسماع : فعلى هذا إنما يصح إذا كان رأس المال موصوفا ، وعين فى المجلس ، فان كان معينا فى العقد فهو كبيعه العين والمذهب بطلانه •

قال أصحابنا : وكل ما لا يصح من الأعمى من التصرفات فطريقه أن يوكل وتحتمل صحة وكالته للضرورة ، وهذه المسألة مما ينكر على المصنف فى باب الوكالة من المهذب والتنبيه ، حيث قال : من لا يجوز تصرفه فيما يوكل فيه لا يجوز توكيله ، فالأعمى لا يصح بيعه وشراؤه ونحوهما على المذهب ويجوز توكيله فى ذلك بلا خلاف كما ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فرع) لو كان الأعمى رأى شيئا لا يتغير صح بيعه وشراؤه إياه إذا صححنا ذلك من البصير ، وهو المذهب كما سبق والله سبحانه أعلم •

(فرع) إذا ملك الأعمى شيئا بالسلم أو الشراء حيث صححناه : لم يصح قبضه ذلك بنفسه ، بل يوكل بصيرا يقبضه له بتلك الأوصاف ،

فلو قبضه الأعمى لم يعتد به ، قال المتولى : ولو اشترى البصير شيئا ثم عمى قبل قبضه ، وقلنا لا يصح شراء الأعمى فهل ينفسخ هذا البيع ؟ فيه وجهان كما إذا اشترى الكافر كافرا فأسلم العبد قبل القبض ، قلت : الأصح لا يبطل .

(فرع) الأعمى يخالف البصير فى مسائل كثيرة (إحداها) لا يجتهد فى الأوانى والثياب فى قول (الثانية) يكره أن يكون مؤذنا راتبا إلا مع بصير ، كابن أم مكتوم مع بلال (الثالثة) لا يجتهد فى القبلة (الرابعة) لا جمعة عليه إذا لم يجد قائدا (الخامسة) البصير أولى منه بغسل الميت (السادسة) لا حج عليه إذا لم يجد قائدا (السابعة) تكره ذكاته كراهة تنزيه بلا خلاف ولا يحل صيده بارساله كلبا أو سهما فى أصح الوجهين (الثامنة) لا يصح بيعه وشراؤه وإجارته ورهنه وهبته ومساقاته ونحوها من المعاملات على المذهب الصحيح (العاشرة) لا يجوز كونه وصيا فى وجه (الحادية عشرة) لا تجوز مكاتبته عبده فى أحد الوجهين (الثانية عشرة) لا يكون وليا فى النكاح فى وجه (الثالثة عشرة) لا يجزىء فى الكفارة (الرابعة عشرة) لا تؤخذ عين البصير بعينه (الخامسة عشرة) لا يكون سلطانا (السادسة عشرة) لا جهاد عليه (السابعة عشرة) لا يكون قاضيا (الثامنة عشرة) لا تقبل شهادته إلا فيما تحمله قبل العمى أو العمى أو بالاستفاضة أو على من تعلق به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا راى بعض المبيع دون بعض ـ نظرت فان كان مما لا تختلف اجزاؤه كالصبرة من الطعام ، والجرة من الدبس ـ جاز بيعه ، لأن لرؤية البعض يزول غرر الجهالة ، لأن الظاهر ان الباطن كالظاهر ، وإن كان مما يختلف نظرت فان كان مما يشق رؤية باقية كالجوز فى القشر الأسفل جاز بيعه ، لأن رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان ، وإن لم تشق رؤية الباقى كالثوب المطوى ، ففيه طريقان « من » اصحابنا من قال : فيه

قولان كبيع ما لم ير شيئا منه (ومنهم) من قال : يبطل البيع قولا واحـدا لان ما رآه لا خيـار فيه ، وما لم يره فيه الخيـار وذلك لا يجـوز فى عين واحدة) .

(**الشرح**) هذا الفصل سبق بيانه قريبا فى الفروع السابقة . والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(واختلف اصحابنا فى بيع الباقلاء فى قشريه فقال ابو سعيد الاصطخرى : يجوز لأنه يباع فى جميع البلدان من غير إنكار (ومنهم) من قال : لا يجوز وهو المنصوص فى الأم ، لأن الحب قد يكون صغارا ، وقـد يكون كبـارا وقد يكون فى بيوته ما لا شىء فيه ، وقد يكون فيه حب متغير ، وذلك غـرر من غير حاجة ، فلم يجز . واختلفوا أيضا فى بيع نافجة المسك فقال أبو العباس: يجوز بيعها ، لأن النافجة فيها صلاح للمسك ، لأن بقاءه فيها أكثر ، فجاز بيعه فيها ، كالجوز فى القشر الأسفل ، ومن أصحابنا من قال ، لا يجوز . وهو ظاهر النص ، لأنه مجهول القدر ، مجهول الصفة ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز واختلفوا فى بيع الطلع فى قشره ، فقال ابو إسحق : لا يجوز بيعـه ، لأن المقصود مستور بما لا يدخر فيه ، فلم يصح بيعه كالتمر فىالجراب وقال ابو على ابن أبى هريرة : يجوز لأنه مستور بما يؤكل معه من القشر ، فجاز بيعه فيه كالقثاء والخيار . واختلف قوله فى بيع الحنطة فى سنبلها (فقال) فى القديم : يجوز ، لما روى أنس « أن النبى ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » (وقال) فى الجديد : لا يجوز لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب ، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه فلم يجز) .

(**الشرح**) حديث أنس رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن . وفى الباقلا لغتـان سبقتا فى أول كتاب الطهارة التخفيف مع المد ، والتشـديد مع القصر (وقوله :) غرر من غير حاجة ، احتراز من أساس الدار ومن السلم . ونافجة المسك ــ بالنون والفاء والجيم ــ وهى ظرفه الذى يكون فيه من

أصله ، والجراب ـ بكسر الجيم وفتحها ـ الكسر أفصح والقثاء ـ بكسر القاف وضمها ـ الكسر أفصح • وهو ممدود •

(اما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) يجوز بيع الباقلا فى القشر الأسفل بلا خلاف ، وسواء كان أخضر أو يابسا وأما بيعه فى قشره الأعلى والأسفل ـ فان كان يابسا ـ لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب فان جوزناه جاز ، هكذا صرح به إمام الحرمين والبغوى والجمهور • وحكى المتولى وجها أنه يصح إن منعنا بيع الغائب ، وهذا شاذ ضعيف ، لأنه مستور بما لا يحتاج إلى بقائه فيه ، ولا حاجة إلى شرائه كذلك • وإن كان رطبا ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) وهو قول الاصطخرى يجوز ، وادعى إمام الحرمين والغزالى أن الأصح صحته ، لأن الشافعى رضى الله عنه أمر أن يشترى له الباقلا الرطب (والثانى) لا يجوز ، وهو المنصوص فى الأم كما ذكره المصنف والأصحاب وهذا هو الأصح عند البغوى وآخرين وقطع به المصنف فى التنبيه •

(الثانية) فى بيع طلع النخل مع قشره وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) جوازه وهو قول أبى على ابن أبى هريرة •

(الثالثة) المسك طاهر ، ويجوز بيعه بلا خلاف ، وهو إجماع المسلمين ، نقل جماعة فيه الإجماع ، ونقل صاحب الشامل وآخرون عن بعض الناس أنه نجس لا يجوز بيعه ، قال الماوردى : هو قول الشيعة . قالوا : لأنه دم ، ولأنه منفصل من حيوان حى ، وما أبين من حى فهو ميت ، وهذا المذهب خلط صريح وجهالة فاحشة ، ولولا خوف الاغترار به لما تجاسرت على حكايته ، وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة عن عائشة

وغيرها من الصحابة أنهم رأوا وبيص[1] المسك فى مفارق رسول الله ﷺ وانعقد إجماع المسلمين على طهارته وجواز بيعه (وأما) قوله : إنه دم فلا يسلم ولو سلم لم يلزم منه نجاسته فانه دم غير مسفوح كالكبد والطحال •

(وأما) قوله : منفصل من حيوان حى فأجاب الأصحاب عنه بجوابين (أحدهما) أن الظبية تلقيه كما تلقى الولد ، وكما يلقى الطائر البيضة ، فيكون طاهرا كولد الحيوان المأكول وبيضه ، ولأنه لو كان من حيوان لا يؤكل لم يلزم من ذلك نجاسته ، فان العسل من حيوان لا يؤكل وهو طاهر حلال بلا شك (والجواب الثانى) أن هذا قياس مابذ للسنة ، فلا يلتفت إليه والله سبحانه وتعالى أعلم •

(وأما) بيع المسك فى فأرته ، وهى نافجته ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز مطلقا ، قاله ابن سريج لما ذكره المصنف (والثانى) إن كانت مفتوحة وشاهد المسك فيها ولم يتفاوت ثمنها صح البيع وإلا فلا . وبه قطع المتولى وصاحب البيان (والثالث) وهو الصحيح لا يصح بيعه فيها مطلقا ، سواء بيع معها أو دونها . مفتوحة وغير مفتوحة ، كما لا يصح بيع اللحم فى الجلد ، وهذا هو المنصوص ؛ ولو رأى المسك خارج الفأرة ثم رده إليه وباعه فيها وهى مفتوحة الرأس صح البيع قطعا ، وإن كانت غير مفتوحة فقد قالوا : فيه القولان فى بيع الغائب ، وهذا محمول على أنه مضى عليه زمن يتغير فيه غالبا ، وإلا فيصح قولا واحدا لأنه قد رآه ، قال أصحابنا : ولو باع المسك المخلوط بغيره لم يصح قولا واحدا ، لأن المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بالماء . والله سبحانه وتعالى أعلم •

---

(1) وبيض كبريق وزنا ومعنى وهو اللمعان •

(فـرع) قال المـاوردى : وأما الزباد فهو لبن سنور ، يكون فى البحر ، قال : ولأصحابنا فى جواز بيعه وجهان ، إذا قلنا بنجاسة ما لا يؤكل لحمه (أحدهما) نجس ، لا يجوز بيعه (والثانى) طاهر ويجوز بيعـه كالمسك ، هذا كلام المـاوردى ، والصواب طهارته وصحة بيعـه ، لأن الصحيح حل لحم كل حيوان البحر ، وحل لبنه كما سبق فى بابه ، وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة .

(فـرع) قال أصحابنا : لا يجوز بيع اللبن والخل ونحوهما إذا كان مخلوطا بالمـاء ، لأن المقصود مجهول .

(فـرع) اتفق أصحابنا على أنه لو باع المسك المختلط بغيره لم يصح ، لأن المقصـود مجهول ، كما لا يصح بيع اللبن المختلط بالمـاء ، والمراد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب ـ فان كان معجونا مع غيره كالغالية والند ـ جاز بيعه ، ولم يجز السلم فيه .

(فـرع) اتفق أصـحابنا على أنه لا يجوز بيع تراب المعدن قبل تصفيته . وتمييز الذهب والفضة منه ، وكذا تراب الصاغة . سواء باعه بذهب أم بفضه أم بغيرهما ، هذا مذهبنا ، وقال الحسن والنخعى وربيعة والليث : يجوز بيع تراب الفضة بالذهب ، وبيع تراب الذهب بالفضة ، وقال مالك : يجوز بيع تراب المعدن بما يخالفه بالوزن إن كان ذهبا ووافقنا أنه لا يجوز بيع تراب الصـاغة بحال ، دليلنا أن المقصود مستور بمـا لا مصلحة له فيه العادة ، فلم يصح بيعه فيـه كبيع اللحم فى الجلد بعد الذبح ، وقبل السلخ .

(المسألة الرابعة) قال أصحابنا : يشترط ظهور المقصود فى بيع الثمرة والزرع ونحو ذلك ، فاذا باع ثمرة لا كمام لها كالتين والعنب والكمثرى والمشمش والخوخ والأجاص ونحو ذلك صح البيع بالإجماع . سواء باعها

على الأرض أو على الشجر ، لكن يشترط فى بيعها على الشجر كونه بعد بدو الصلاح ، أو يشترط القطع ، قال أصحابنا : ولو باع الشعير أو الذرة أو السلت مع سنبله جاز قبل الحصاد وبعده بلا خلاف ، لأن حياته ظاهرة . ولو كان للثمر والحب كمـام لا يزال إلا عنـد الأكل كالرمان ونحوه والعلس ، جاز بيعه فى كمامه أيضا بلا خلاف (وأما) ماله كمامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل كالجوز واللوز والرانج فيجوز بيعه فى القشر الأسفل بلا خلاف ، ولا يجوز فى القشر الأعلى ، لا على الأرض ولا على الشجر ، لا رطبا ولا يابسا ، وفى قول ضعيف حكاه الخراسانيون يجوز ما دام رطبا والمذهب البطلان مطلقا .

(أما) ما لا يرى حبه فى سنبله كالحنطة والعدس والحمص والسمسم والحبة السوداء فما دام فى سنبله لا يجوز بيعه منفردا عن سنبله بلا خلاف ، كما لا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن ، قال أصحابنا : ولو باع الحنطة لم يصح بلا خلاف لمـا ذكرناه (أما) إذا باع هذا النوع مع سنبله فقولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (الأصح) الجديد : لا يصح بيعه (والقديم) صحته وفى الأرز طريقان (المذهب) صحة بيعـه فى سنبله كالشعير ، ولأنه يدخر فى قشره فأشبه العلس وبهذا الطريق قال ابن القاص وأبو على الطبرى والأكثرون ، وصححه القاضى أبو الطيب وصـاحب الشامل والرافعى (والثانى) فيه القولان كالحنطة ، قاله الشيخ أبو حامد والله تعالى أعلم .

(فـرع) لا يجوز بيع الجزر والثوم والبصل والفجل والسلق فى الأرض ، لأن المقصود مستور ، ويجوز بيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع ، ويجوز بيع القنبيط فى الأرض لظهوره ، وكذا نوع من الشلجم يكون ظاهرا ، وهو بالشين المعجمة والجيم ــ والقنبيط بضم القاف وفتح النون المشددة ــ كذا هو فى صحاح الجوهرى وغيره ، وقد سبقت هذه المسألة قريبا .

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز بيع اللوز فى الأعلى قبل انعقـاد الأسفل ، لأنه مأكول كله كالتفاح •

(فـرع) حيث قلنا ببطلان البيع فى هذه الصورة السابقة فهل هو تفريع على بطلان بيع الغائب ؟ فيه طريقـان سبقا عن حكاية المـاوردى (أحدهما) وبه قطع إمام الحرمين هو مفرع عليه ، فان جوزنا بيع الغائب صح البيع فى كل هذه الصور (والطريق الثانى) وبه قطع البغوى فى بيع الجزر ونحوه ليس هو مفرعا عليه ، بل هو باطل على القولين ، لأن فى بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد العقد بصفته ، وهنا لا يمكن ، وهـذا الطريق هو الأصح ، وقد سبق عن المـاوردى أنه نقله عن جمهور أصحابنا ، وسبق إيضاح الفرق •

(فـرع) إذا قلنا بالبطلان فى هذه الصور فباع الجوز مثلا فى قشره الأعلى مع الشجر ، أو باع الحنطة فى سنبلها مع الأرض فطريقان (أحدهما) يبطل البيع فى الجوز والحنطة ، وفى بطلانه فى الشجر والأرض قولا تفريق الصفقة (وأصحهما) القطع بالبطلان فى الجميع ، للجهل بأحد المقصودين ، وتعذر التوزيع ، ولو باع أرضا مبذورة مع البذر فوجهان مشهوران ، وقد ذكرهما المصنف فى باب بيع الأصول والثمار (أحدهما) يصح فى الأرض وفى البذر تبعا لها (والثانى) وهو الصحيح باتفاق الأصحاب بطلان البيع فى البذر ، ثم فى الأرض الطريقان ، قال الرافعى : ومن قال بالصحة لا يقول بالتوزيع ، بل يوجب جميع الثمن بناء على قولنا بالضعيف فى تفريق الصفقة أنه يأخذ بجميع الثمن ، والله سبحانه أعلم •

(فـرع) ثبتت الأحاديث الصحيحة أن رسـول الله ﷺ « نهى عن المحاقلة » قال العلماء : المحاقلة بيع الحنطـة فى سنبلها بكيل معلوم من الحنطة ، واتفق العلماء على بطلانها ، وله علتان مع الحديث (إحداهما)

أنه بيع حنطة وتبن بحنطة ، وذلك ربا (والثانية) أنه بيع حنطة فى سنبلها فلو باع شعيرا فى سنبله بحنطة خالصة صافية وتقابضا فى المجلس جاز بلا خلاف ، ولو باع زرعا قبل ظهور حبه بحب من جنسه صح البيع بلا خلاف ، لأن الحشيش ليس ربويا .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع الحنطة فى سنبلها ، ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا بطلانه ، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : يصح ، دليلنا ما ذكره المصنف .

(فرع) فى مذاهبهم فى بيع الجزر والبصل والثوم والشلجم والفجل وهو غائب فى منبته ، قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلان بيعه ، وحكاه ابن المنذر عن الشافعى وأحمد ، قال : وأجازه مالك والأوزاعى وإسحق ، قال ابن المنذر : وببطلانه أقول ، لأنه غرر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع مجهول القدر ، فان قال : بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لحديث ابى هريرة رضى الله عنه : «ان النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر» وفى بيع البعض غرر ، لانه يقع على القليل والكثير ، ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالسلم ، وإن قال : بعتك هذه الصبرة ، جاز وإن لم يعرف قفزانها ، وإن قال : بعتك هذه الدار او هذا الثوب جاز ، وإن لم يعرف ذرعانهما لأن غرر الجهالة ينتفى عنهما بالمشاهدة قال الشافعى : واكره بيع الصبرة جزافا لأنه يجهل قدرها على الحقيقة ، وإن قال : بعتك ثلثها او ربعها، او بعتكها إلا ثلثها أو ربعها جاز ، لأن من عرف الشىء عرف ثلثه او ربعه ، وما يبقى بعدهما، وإن قال: بعتك هذهالصبرة إلا قفيزا منها أو هذه الدار، أو هذا الثوب إلا ذراعا منه ــ نظرت ــ فإن علما مبلغ قفزان الصبرة وذرعان الدار والثوب ــ جاز ، لأن المبيع معلوم ، وإن لم يعلما ذلك لم يجز ، لما روى جابر : « ان النبى ﷺ نهى عن بيع الثنيا » ولان المبيع هو الباقى بعد القفيز والذراع ، وذلك مجهول .

وإن قال : بعتك عشرة اقفزة من هذه الصبرة جاز ، لأنها معلومة القدر والصفة ، فإن اختلفا فقال البائع : أعطيك من اسفلها ، وقال المشترى : من اعلاها فالخيار إلى البائع فمن اى موضع اعطاه جاز لأنه أعطاه من الصبرة ، وإن قال : بعتك عشرة اذرع من هذه الدار ، او عشرة اذرع من هذا الثوب ، فإن كانا يعلمان مبلغ ذرعان الدار والثوب ، وانها مائة ذراع صح البيع فى عشرها لأن العشرة من المائة عشرها ، فلا فرق بين ان يقول بعتك عشرها ، وبين ان يقول بعتك عشرة من مائة ذراع منها ، وإن لم يعلما مبلغ ذرعان الدار والثوب لم يصح ، لأنه إن جعل البيع فى عشرة اذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه عشرها او ثلثها او سدسها .

وإن جعل البيع فى عشرة اذرع من موضع بعينه لم يعرف صفة المبيع ، فإن اجزاء الثوب والدار تختلف ، وقد يكون بعضها اجود من بعض ، وإن قال: بعتك عشرة اذرع ابتداؤها من هذا المكان ، ولم يبين المنتهى ، ففيه وجهان (احدهما) لا يصح ، لأن اجزاء المبيع مختلفة ، وقد ينتهى إلى موضع يخالف موضع الابتداء (والثانى) انه يصح لأنه يشاهد السمت ، وإن بين الابتداء والانتهاء صح فى الدار (وأما) فى الثوب فإنه إن كان مما لا ينقص قيمته بالقطع فهو كالدار ، وإن كان مما ينقص لم يصح لأنه شرط إدخال نقص عليه فيما لم يبع من الثوب ، ومن اصحابنا من قال : يصح لأنه رضى بما يدخل عليه من الضرر) .

(**الشرح**) حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى النهى عن بيع الغرر صحيح رواه مسلم وسبق بيانه ، وحديث جابر المذكور فى الكتاب أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الثنيا » رواه مسلم فى صحيحه هكذا من رواية الترمذى والنسائى وزاد « نهى عن بيع الثنيا إلا أن يعلم » قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وهذه الزيادة التى ذكرها الترمذى والنسائى حسنة ، فأنها مبينة لرواية مسلم المذكورة فى الكتاب ، وقد سبق بيان القفيز وأن الذراع تؤنث وتذكر ، والتأنيث أفصح وقوله : (لأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدره) احتراز من شرط الثواب فى الهبة على أحد القولين ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(**اما الاحكام**) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : يشترط العلم بمقدار المبيع وهذا لا خلاف فيه للحديث الصحيح « أن النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر » فلو قال بعتك بعض هذه الصبرة أو بعض العبد أو الثوب ونحوه لم يصح بلا خلاف ، لأنه يقع على القليل والكثير (أما) إذا قال : بعتك صاعا من هذه الصبرة فله حالان (أحدهما) أن يعلما مبلغ صيعانها ، فيصح البيع بلا خلاف ، وينزل على الإشاعة ، فاذا كانت الصبرة مائة صاع فالمبيع عُشْر عُشْرها ، فلو تلف بعضها تلف بقدره من المبيع ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وحكى إمام الحرمين فى تنزيله وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) المبيع صاع من الجملة غير مشاع ، أى صاع كان ، وعلى هذا قالوا : يبقى المبيع ما بقى صاع ، ولو تلف بعضها لم يقسط على المبيع وغيره .

(الحال الثانى) إن كانا لا يعلمان أو أحدهما مبلغ صيعانها فوجهان (أحدهما) وهو اختيار القفال لا يصح البيع كما لو فرق صيعانها ، وقال : بعتك صاعا منها ، فانه لا يصح على المذهب ، وبه قطع الأصحاب إلا القاضى أبا الطيب فصححه ، وسبق نقله عنه (والوجه الثانى) يصح ، وهو المذهب المنصوص ، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين ، وطوائف من غيرهم ، لأن المبيع معلوم القدر ، فصار كالبيع بدرهم مطلقا ، فانه يصح وينزل على النقد الغالب ، ولا يشترط أن يبين صفة الدرهم ولا وزنه ، لكونه معروفا وكذا الصاع ، وفى فتاوى القفال أنه كان إذا سئل عن هذه المسألة يفتى بالصحة مع أنه يعتقد البطلان ، فيقال له فيقول : المستفتى يستفتينى عن مذهب الشافعى رضى الله عنه لا عن اعتقادى .

(فاذا قلنا) بالمذهب وهو الصحة فالمبيع صاع منها ، أى صاع كان . فلو تلف جميعها إلا صاعا تعين العقد فيه ، والبائع بالخيار إن شاء سلم صاعا من أعلاها ، وإن شاء من أسفلها ، وإن شاء من جوانبها ، ولا يضر

كون باطن الصبرة غير مرئى ، لأن رؤية ظاهر الصبرة كرؤية كلها ، وهذا الذى ذكرناه من أنه إذا تلفت إلا صاعا واحدا تعين العقد هو المذهب ، وبه قطع الجمهور منهم إمام الحرمين والرويانى والرافعى ، وقال صاحبا العدة والبيان : لا يتعين خلافا لأبى حنيفة ، بل يكون مشتركا ، وهذا شاذ باطل ، والصواب الأول قال الرويانى : فلو تلفت كلها إلا بعض صاع يسلمه إلى المشترى إن رضيه وسقط من الثمن بقدر ما فات من الصاع والله سبحانه أعـلم .

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب لو قال : بعتك هذه الصبرة إلا صاعا منها فان كانت مجهولة الصيعان لم يصح البيع لأن المبيع مجهول القدر ، وليس متميزا حتى تكفى فيه المشاهدة ، وإن كانت معلومة الصيعان صح البيع ونزل على الإشاعة كما سبق . فان كانت عشرة آصع كان المبيع تسعة أعشارها ، واحتج القفال فيما إذا كانت مجهولة بأنه لا يصح بيع صاع من صبرة كما حكينا عن اختياره ، قال الغزالى فى الوسيط فى توجيه قول القفال : أى فرق بين استثناء المعـلوم من المجهول ؟ والمجهول من المعلوم ؟ والإبهام يعمهما ، قال : وفى الفرق غموض واعترض على الغزالى فى هذا بأنه ليس فيه غموض لأن المبيع معلوم المقدار فى مسألة بيع صاع من الصبرة ، بخلاف الصبرة إلا صاعا ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) إذا باع الصبرة من الحنطة أو الشعير أو الجوز أو غير ذلك جزافا ولم يعلم واحد منهما قدرها كيلا ولا وزنا ، ولكن شاهداها فالبيع صحيح بلا خلاف عندنا ، ويكفى رؤية ظـاهرها لأن الظاهر أن أجزاءها متساوية ، ويشق تقليبها والنظر إلى جميع أجزائها بخلاف الثوب المطوى . قال الشافعى والأصحاب : وكذا لو باع بصبرة من الدراهم جزافا لا يعلم واحد منهما قدرها ، لكنها مشاهدة لهما صح البيع بلا خلاف عندنا ، لكن هل يكره بيع الصبرة جزافا ؟ والبيع بصبرة الدراهم جزافا ؟

فيه قولان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) يكره ، وبه قطع المصنف وآخرون . لما فيه من الغرر (والثانى) لا يكره لأنها مشاهدة ، وممن حكى القولين من العراقيين صاحب البيان ونقل أصحابنا عن مالك أنه قال : إذا علم البائع كيل الصبرة ولم يبينه بطل البيع .

(فرع) إذا باعه نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو ربعها أو عشرها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة أو باعها إلا نصفها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة صح البيع بلا خلاف (أما) إذا قال : بعتك بعض هذه الصبرة أو نصيبا منها أو أجزاء أو سهما أو ما شئت ، ونحو هذا من العبارات التى ليس فيها قدر معلوم ، فالبيع باطل بلا خلاف ، لأنه غرر ، ولو قال : بعتك هذه الصبرة وهى عشرة أقفزة على أن أنقصك قفيزا منها جاز ، لأنه باعه تسعة أعشارها . ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ، أو هذه الأغنام كل شاة بدرهم ، صح البيع فى الجميع كما ذكرنا ، ولا تضر جهالة جملة الثمن لأن الثمن معلوم التفصيل ، والمبيع معلوم بالمشاهدة فاتتفى الغرر هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى طرقهم . وحكى الدارمى والرافعي وجها لأبى الحسين ابن القطان أنه لا يصح البيع فى شىء من ذلك ، وهذا شاذ ضعيف .

ولو قال : بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح ، لأن من للتبعيض ولفظ كل للعدد ، فيصير كأنه قال : بعتك أقفزة من هذه الصبرة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور . وفيه وجه ضعيف لابن سريج أنه يصح فى صاع واحد بدرهم ، حكاه عنه الرويانى وآخرون وحكاه الدارمى ، كما قال فى نظيره فى الإجارة إذا قال : أجرتك من هذه الصبرة كل شهر بدرهم أنه يصح فى الشهر الأول بدرهم . ونقل إمام الحرمين فى كتاب الإجارة عن الأصحاب أنهم قالوا : إذا قال : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم لم يصح البيع ، لأنه لم يضف إلى جميع الصبرة .

بخلاف ما لو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم قال : وكان ينبغى أن يفرق فيقال : إن قال : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم بطل على المذهب ، ويصح قول ابن سريج فى صاع واحد ، قال : وكذلك يفرق فى الإجارة ، وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد الجوينى ، فسوى بين قوله : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم ، وبين قوله : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، فصحح البيع فى الصورتين فى جميع الصبرة ، والمذهب الذى قطع به الجمهور الفرق وهو صحته فى : بعتك الصبرة كل صاع بدرهم ، وبطلانه فى : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم ، والله سبحانه أعلم .

(أما) إذا قال : بعتك عشرة من هذه الأغنام بمائة درهم ، وعلم عدد الشياه فلا يصح البيع بلا خلاف ، بخلاف مثله فى الصبرة والثوب والأرض فانه يصح البيع وينزل على الإشاعة لأن قيمة الشياه تختلف . ولو قال : بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم ، أو قال مثله فى الأرض أو الثوب نظر ــ إن خرج المبيع كما ذكر ــ صح البيع ، وإن كان زائدا أو ناقصا فقولان مشهوران (أصحهما) لا يصح البيع لتعذر الجمع بين الأمرين (والثانى) يصح لوجود الإشارة إلى الصبرة ويلغو الوصف ، فعلى هذا إن خرج ناقصا فللمشترى الخيار ، فان أجاز فوجهان (أصحهما) يخير بقسط الموجود ، لأنه قابل كل صاع بدرهم .(والثانى) يخير بجميع الثمن لأنه قابل الجملة به ، وإن خرج زائدا فلمن تكون الزيادة ؟ فيه وجهان (أصحهما) للمشترى ، فعلى هذا لا خيار له قطعا ، ولا للبائع على أصح الوجهين (والثانى) يكون للبائع ، فعلى هذا لا خيار له وفى ثبوته للمشترى وجهان (أصحهما) ثبوته ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) لو كانت الصبرة على موضـع من الأرض فيه ارتفـاع وانخفاض فباعها وهى كذلك ، أو باع السمن أو نحوه فى ظرف مختلف

الأجزاء رقة وغلظا ، ففيه ثلاثة طرق (أصحها) أن فى صحة البيع قولى بيع الغائب ، لأنه لم يحصل رؤية تفيد المعرفة (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان وهذا ضعيف . قال الرافعى : وهو ضعيف وإن كان منسوبا إلى المحققين (فان قلنا) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها (وإن قلنا) بالبطلان فلو باع الصبرة والمشترى يظنها على أرض مستوية ، فبان تحتها دكة ، فهل يتبين بطلان البيع ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا ، بل هو صحيح ، وللمشترى الخيار كالعيب والتدليس ، وبهذا قطع صاحب الشامل وغيره (والثانى) يبطل ، وهو اختيار الشيخ أبى محمد لأن معرفة المقدار تخمينا أو تحقيقا شرط ، وقد تبينا فواتها .

(فرع) قال أصحابنا : إذا قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا ، فان أراد بذلك هبة فباع لم يصح ؛ لأنه شرط عقد فى عقد ؛ وإن أراد بيعه فباع آخر من غير الصبرة لم يصح ، لأنه إن كان الصاع مجهولا فهو بيع مجهول ، وإن كان معلوما لم يصح إذا كانت الصبرة مجهولة الصيعان ، لأنا نجهل تفصيل الثمن وجملته . وإن أراد أنه يزيده صاعا من هذه الصبرة ، وأنها إن خرجت عشرة آصع كان الثمن تسعة دراهم ، فينظر إن كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصح البيع بلا خلاف ؛ لأنه لا يعلم حصة كل صاع .

وإن كانت معلومة الصيعان فوجهان مشهوران فى كتب العراقيين حكاهما الشيخ أبو حامد ومتابعوه وغيرهم (أصحهما) يصح ، وبهذا قطع إمام الحرمين والغزالى والبغوى والرافعى ومعظم الخراسانيين ، وإذا كانت عشرة آصع فقد باعه كل صاع وتسع صاع بدرهم (والثانى) لا يصح ، رجحه الشيخ أبو حامد والرويانى ، وادعى الرويانى أن العراقيين كلهم جزموا به سوى القاضى أبى الطيب ، وغلط فى هذه الدعوى فالخلاف

مشهور فى ذلك فى كتب العراقيين كالشيخ أبى حامد [illegible]

وغيرهم ، والمذهب الصحة •

وإن قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعا فان أراد رد صاع إليه — فالبيع باطل ، وإن أراد أنها إن خرجت تسعة آصع أخذت منك عشرة دراهم ، فان كانت الصيعان مجهولة ، لم يصح البيع بلا خلاف وإن كانت معلومة فوجهان (الصحيح) الذى قطع به العراقيون والجمهور وغيرهم صحة البيع ، فاذا كانت تسعة آصع فقد باع كل صاع بدرهم وتسع (والثانى) لا يصح لقصور العبارة عن الحمل المذكور ؛ حكاه الرافعى •

ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا أو أنقصك صاعا ولم يبين أنه ينقصه أو يزيده لا يصح البيع بلا خلاف ، قال الرويانى : ولو قال : بعتكها كل صاع بدرهم على أن تهب لى منها صاعا لم يصح لأنه شرط هبة البائع ، وإن أراد أن الثمن بجملته يقابل جميع الصبرة إلا صاعا منها وهى معلومة الصيعان صح البيع ، ويصير كأنه باع كل صاع بدرهم وتسع درهم ، أعنى إذا كانت عشرة آصع ، فان أراد أنه يأخذ جميع الصيعان العشرة ويعطيه أحد عشر درهما جاز أيضا إذا كانت معلومة ، وإن قال : أزيدك من غيرها لم يصح بكل حال للجهالة • قال : فلو قال : بعتك هذا الثوب أو الأرض كل ذراع بدرهم على أن أزيدك ذراعا أو قال : على أن أنقصك ذراعا فحكمه حكم نظيره من الصبرة •

(**فــرع**) لو كانت له صبرة بعضها حنطة وبعضها شعير مختلط ، وباع جميعها جزافا جاز ، لأن المبيع مشاهد ، وإن باع صاعا منها ، فان كانت الحنطة والشعير سواء جاز قطعا وإلا فوجهان ، حكاهما الرويانى (أصحهما) الجواز •

(فــرع) لو كان له صبرة ، ولآخر صبرة ، فقال : بعتك من صبرتى بقدر صبرتك بدينار ، لم يصح البيع ، نص عليه الشافعى فى كتاب الصرف واتفقوا عليه .

(فــرع) فيما إذا كان المبيع فيما لا تتســاوى أجزاؤه ، كالأرض والدار والثوب ، ففيه مسائل :

(إحداها) إذا قال : بعتك هذه الدار كل ذراع بدرهم جاز سواء علما ذرعانها أم لا ، كما قلنا فى بيع الصبرة كل صاع بدرهم ، هــذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقال المــاوردى : إن علما ذرعانها صح وإلا فوجهان (أحدهما) وهو قول أصحابنا البصريين يجوز كالصبرة (والثانى) وهو قول أصــحابنا البغداديين لا يجوز ، للجهل بجمــلة الثمن ، قال الرويانى : لعله أراد بالبغداديين بعضهم .

(أما) إذا قال : بعتك ربع هذه الدار أو ثلثها ، فيصح قطعا ، سواء علما ذرعانها أم لا ، وإن قال : بعتك من هذه الدار كل ذراع بدرهم لم يصح قطعا ولا يجىء فيه الوجه السابق فى نظيره من الصبرة عن ابن سريج أنه يصح فى صاع واحد ، لأن أجزاء الدار تختلف بخلاف الصبرة ، ولو قال : بعتك من هذه الدار عشرة أذرع كل ذراع بدرهم ، فان كانت ذرعانها مجهولة لهما أو لأحدهما لم يصح البيع بلا خلاف ، بخــلاف نظيره من الصبرة ، فانه يصح على الأصح ، والفرق ما ذكرناه الآن من اختلاف أجزاء الدار دون الصبرة ، وإن كانت ذرعانها معلومة لهما صح البيع عندنا ، وحمل على الإشاعة ، فاذا كانت مائة ذراع كان المبيع عشرها مشاعا . وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفــة : لا يصح ، وهو وجه لبعض أصحابنا حكاه الرافعى (والصحيح) المشهور الصحة ، وبه قطع الأصحاب قال إمام الحرمين : إلا أن يقصد أذرعا معينة فيبطــل البيع كشــاة من القطيع .

ولو اختلفا فقال المشترى : أردت الإشاعة فالعقد صحيح ، فقال البائع : بل أردت معينا ففيمن يصدق ؟ احتمالان أرجعهما يصدق البائع ، لأنه أعلم بنيته وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى شرط مفسد للعقد ، فان الأصح تصديق مدعى الصحة ، لأنه ليس هناك مرجح ، والظاهر جريان عقود المسلمين صحيحة (وأما) هنا فيترجح جانب الناوى ، لأنه أعلم بنيته والله سبحانه أعلم .

(الثانية) إذا قال فى الدار أو الأرض : بعتك من هنا إلى هنا صح البيع بلا خلاف ، وإن وقف فى وسطها فقال : بعتك أذرعا ابتداؤها من هنا ولم يبين إلى أى جهة تذرع ، لم يصح بلا خلاف ، لأنه يختلف ويتفاوت به الغرض وإن قال : ابتداؤها من هنا إلى هذه الجهة فى جميع العرض ، ولم يبين إلى أين ينتهى فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) الصحة وهو قول أبى إسحق المروزى وأبى على ابن أبى هريرة ، وصححه الأكثرون ومنهم الرافعى وغيره لانتفاء الغرر (والثانى) لا يصح لأنه قد ينتهى الذرع إلى موضع يخالف الابتداء ، وصحح الرويانى فى البحر هذا .

(الثالثة) إذا باع ذراعا أو أذرعا من ثوب ، فان كانت ذرعانه معلومة لهما صح البيع ونزل على الإشاعة ، فان كان باعه ذراعا والجملة عشرة كان المبيع العشر شائعا كما سبق فى الصبرة وفى الأرض والدار ، هذا هو المذهب ، وفيه الوجه الشاذ السابق فى الدار والأرض والصبرة أنه لا يصح البيع والصواب الأول .

وإن كانت ذرعانه مجهولة لهما أو لأحدهما ــ نظر إن كان الثوب مما لا تنقص قيمته بالقطع كالكرباس الغليظ ونحوه ــ فوجهان حكاهما الشيخ أبو محمد الجوينى وإمام الحرمين والغزالى ومن تابعهم (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور : يصح البيع كبيع أذرع من أرض وصيعان

من صبرة (والثانى) لا يصح ؛ لأنه لا يلزم منه تغيير عين المبيع ، وإن كان تنقص قيمته بالقطع فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (الصحيح) المنصوص أنه لا يصح لأنه شرط إدخال نقص فى عين المبيع (والثانى) يصح لأنه رضى بالضرر ، وهذا الوجه قول ابن سريج واختاره صاحب التقريب القاسم بن القفال الشاشي . وقاسوه على بيع ذراع من الدار وعلى بيع أحد زوجى الخف فانه يصح ، وإن نقصت قيمتها بتقدير التفريق والفرق أن ذلك النقص ليس فى نفس الخف بخلاف مسألتنا .

وإذا جمعت صورتى الثوب قلت : إذا باع ذراعا من ثوب مجهول الذرعان فثلاثة أوجه (أحدها) الصحة (والثانى) البطلان (وأصحها) إن لم تنقص قيمته بالقطع صح ، وإلا فلا ، وطريق من أراد شراء ذراع من ثوب حيث قلنا : لا يصح أن يواطىء صاحبه على شرائه ، ثم يقطع قبل الشراء ، ثم يشتريه بعد قطعه ، فيصح بلا خلاف ؛ والله تعالى أعلم .

(فـــرع) إذا باع جزءا شائعا من سيف أو سكين أو إناء أو نحوها ، صح بلا خلاف ، وصار مشتركا . ولو عين بعضه وباعه لم يصح ، هكذا قطع به الأصحاب . قال الرافعى : القياس أن يجىء فيه الوجهان السابقان فى ذراع من ثوب ينقص بالقطع (أما) إذا باع جزءا معينا من جدار أو أسطوانة ونحوها ــ فان كان فوقه شىء ــ لم يصح ؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوقه ، وإن لم يكن نظر ــ إن كان قطعة واحدة من طين أو خشب أو غيرهما ــ لم يصح ، وإن كان من لبن أو آجر جاز ، هكذا أطلقه صاحب التلخيص ، قال الرافعى : وهو محمول عند الأصحاب على ما إذا جعلت النهاية صنفا من الآجر أو اللبن دون ما إذا جعل المقطع نصف سمكها ، قال الرافعى : وفى تجويزه إذا كان من آجر أو لبن إشكال ، وإن جعلت النهاية ما ذكروه لأن موضع الشق قطعة واحدة ولأن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقى فليفسد البيع ولهذا قالو : لو باع جذعا فى بناء لم يصح

البيع لأن النقص يحصل بالهدم قال : ولا فرق بين الجذع والآجر وكذا الحكم لو باع فصا فى خاتم .

(فــرع) قال أصحابنا إذا قال : بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا إذا وزعت الثمرة على ثلاثة آلاف صح البيع ، ويكون قد استثنى ثلثها ، فيحصل البيع فى ثلثها بثلاثة آلاف ، ولو قال : بعتكها بأربعة آلاف إلا ما يخص ألفا صح البيع فى ثلاثة أرباعها بأربعة آلاف ، ولو قال : إلا ما يساوى ألفا لم يصح البيع لأن ما يساوى الألف مجهول .

(فــرع) لو قال : بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة ففى صحة البيع وجهان (أحدهما) لا يصح كما لو أسلم فى ملئــه (وأصحهما) الصحة ، لأنه لا غرر فيه فى صورة البيع ، ولو عين فى البيع أو السلم مكيالا معتادا فوجهان (أحدهما) يفسد البيع والسلم ، لاحتمال تلفه (وأصحهما) الصحة فى البيع والسلم ، ويلغو تعيينه كسائر الشروط التى لا غرض فيها ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(وإن قال : بعتك هذا السمن مع الظرف كل مَنًا بدرهم ــ نظرت فإن لم يعلما مقدار السمن والظرف ــ لم يجز ، لأن ذلك غرر ، لأن الظرف قد يكون خفيفا ، وقد يكون ثقيلا ، وإن علما وزنهما جاز ، لأنه لا غرر فيه) .

(**الشرح**) المنا على وزن العصا هو رطلان بالبغدادى ، وفيــه لغة ضعيفة من بتشديد النون ، قال أصــحابنا : فى بيع السمن فى الظــرف مسائل :

(إحداها) إذا كان السمن أو الزيت أو غيرهما من الأدهان ونحوها مما لا يختلف فى ظرف ، فرآه ثم اشترى منه رطلا أو أرطالا صح البيع ،

كما سبق بيانه فى مسائل الصبرة . هكذا قطعوا به . ويجىء فيه الوجه السابق عن القفال فى بيع صاع من الصبرة ، وقد أشار إليه صاحب التتمة .

(الثانية) إذا رآه ثم اشتراه مع ظرفه بعشرة دراهم مثلا صح البيع ، سواء كان ظرفه من فخار أو خشب أو حديد أو نحاس ، أو كان زقا ، وسواء عرفا وزنهما أم لا ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، قال الروياني : وحكى بعض أصحابنا الخراسانيين قولين فيما إذا لم يعلما الوزن ، قال : وليس هذا بشىء ، ولو اشترى نصفه أو ربعه صح .

(الثالثة) إذا قال : بعتك جميع هذا السمن كل رطل بدرهم صح البيع ، ويوزن السمن فى شىء آخر ، ويوزن فى ظرفه ثم يسقط وزن الظرف بعد تفريغه ، هكذا قطع به الأصحاب ، وينبغى أن يجىء فيه الوجه السابق عن أبى الحسين بن القطان فى مثله فى الصبرة .

(الرابعة) إذا قال : بعتكه كل رطل بدرهم على أن يوزن معه الظرف ، ثم يحط وزن الظرف ، صح البيع بالاتفاق كالصورة التى قبلها ، لأنها هكذا تباع فى العادة ، ولأنه لا غرر .

(الخامسة) إذا قال : بعتك هذا السمن كل رطل بدرهم على أن يوزن الظرف معه ويحسب على المشترى وزنه ، ولا يكون الظرف مبيعا ، فالبيع باطل باتفاق الأصحاب ، لأنه شرط فى بيع السمن أن يزن معه غيره ، وليس ذلك الوزن معه مبيعا فلم يصح ، كما لو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أكيل معها شعيرا ، هكذا أطلقه الأصحاب ، ولم يفرقوا بين أن يعلما وزن الظرف أم لا ، قال ابن الصباغ : وينبغى أن يجوز إذا علما وزن الظرف والسمن ، ويكون كقوله : بعتك الصبرة على أن أنقصك صاعا وأحسب ثمنه عليك ، وهى معلومة الصيعان ، لأنه لا غرر

حينئذ ، وحكى المتولى هذا وجها لبعض الأصحاب ، وحكى الرويانى كلام الأصحاب ثم حكى كلام ابن الصباغ عن بعض الأصحاب ، ولم يسمه ، ومراده ما نقله المتولى أو ما قاله ابن الصباغ فهو كثير النقل عنهما •

(السادسة) إذا قال : بعتك هذا السمن بظرفه ، كل رطل من المجسد بدرهم فثلاثة أوجه (أصحها) عند الجمهور وأشهرها ، وبه قطع المصنف والشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد ، وجمهور سائر العراقيين وصححه المتولى وآخرون ، أنهما إن علما وزن كل واحد صح البيع ، وإلا فلا لما ذكره المصنف (والثانى) يصح مطلقا وهو الأصح عند البغوى ، وبه قال الدارمى ، واختاره ابن الصباغ ، لأن جملة المبيع مرئية ، ولا يضر اختلاف قيمتها ، كما لو اشترى فواكه من أجناس وهى مختلطة وزنا أو حنطة مختلطة بالشعير كيلا ، فانه يصح (والثالث) أنه لا يصح مطلقا حكاه البغوى وغيره ، لأن المقصود السمن ، وهو مجهول بخلاف الفواكه ، فانها كلها مقصودة ، قال أصحابنا : وصورة المسألة أن يكون للظرف قيمة ، فان لم يكن له قيمة لم يصح البيع بلاخلاف ، لأنه شرط عليه ما لا قيمة له وأخذ الثمن فى مقابلة وزنه •

(السابعة) إذا قال : بعتك هذا السمن بعشرة على أن أزنه بظرفه ، ثم أسقط الثمن بقسط وزن الظرف ، قال الرويانى والأصحاب : إن كانا عند العقد عالمين قدر وزن الظرف وقدر قسطه صح البيع ، وإن جهلاه أو أحدهما لم يصح ، لأنهما لا يعلمان هل يكون المسقط درهمين فيكون الثمن عشرة أو أقل أو أكثر ، فصار الثمن مجهولا ، قالوا : وهذا بخلاف ما لو قال : بعتك هذا السمن كل رطل ثم أظرف ، كذا وزن الظرف ، فانه يصح كما سبق ، لأن حاصله بيع السمن جميعه ، كل رطل بدرهم ، فلا يضر جهالة وزن الظرف •

(فــرع) ذكرنا أنه إذا اشترى السمن ونحوه مع ظرفه جزافا صح البيع هكذا أطلقه الجمهور ، قال القاضى حسين والمتولى : هذا إذا كانا قد شاهدا الظرف فارغا ، وعرفا قدر ثخانته أو كانت ثخانته معلومة بالعادة ، وإن كان الظرف مما تختلف ثخانته وتتفاوت لم يصح البيع ، لأنه لو باع السمن وحده والحالة هذه لم يصح البيع ، للجهل بقدره ، فاذا باعهما فأولى بالبطلان . قال القاضى حسين : ولو كان الظرف يستوفيه ورأى أعلاها فان كانت جوانبها مستترة لم يصح البيع وإن كانت مكشوفة ولكن أسفلها مستتر ، قال الأصحاب : لا يصح ، قال القاضى : وعندى أنه يصح ، لأنه يستدل بالجوانب على الأسفل لأن الغالب استواؤهما فان خرج أغلظ من الجوانب ثبت الخيار ، كما لو اشترى صبرة فخرج تحتها دكة .

(فــرع) قال البغوى والأصحاب : لو قال : بعتك المسك مع فأرته ، كل مثقال بدينار ، فهو كبيع السمن بظرفه كل رطل بدرهم ، ويجىء فيه باقى المسائل .

(فــرع) قد ذكرنا أنه إذا باع السمن مع ظرفه جزافا صح البيع ، قال أصحابنا : ولو باع لبنا مخلوطا بالماء لم يصح بلاخلاف ، والفرق أن المقصود وهو اللبن غير متميز ولا معلوم (وأما) هنا فالمقصود السمن ، وهو متميز ، فصار كما لو باع عبدا وعليه ثوب مع الثوب ؛ فانه يصح بالإجماع .

(فــرع) إذا اشترى جامدا فى ظرفه كالدقيق والحنطة والتمر والزبيب وغير ذلك موازنة ، كل رطل بدرهم ، بشرط أن يوزن مع ظرفه ، ثم يسقط قدر وزن الظرف ، فوجهان حكاهما الماوردى والرويانى (أحدهما) لا يصح البيع ، لأن الجامد لا يحتاج إلى وزنه مع ظرفه ، لإمكان وزنه بدونه ، قالا : وإلى هذا ميل أبى إسحق المروزى (والثانى)

يصح وهذا مقتضى كلام جمهور الأصحاب ، وهو الصواب إذ لا مفسدة فيه ولا غرر ولا جهالة •

(فـرع) إذا اشترى سمنا أو غيره من المـائعات أو غيرها فى ظرفه ، كل رطل بدرهم مثلا ، على أن يوزن بظرفه ، ويسقط أرطال معينة بسبب الظرف ، ولا يوزن الظرف فالبيع باطل بلا خلاف ، لأنه غرر ظاهر ، وهذا من المنكرات المحرمة التى تقع فى كثير من الأسواق •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(واختلف اصحابنا فى بيع النحل فى الكندوج فقال أبو العباس : يجوز بيعه لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه ، ومن اصحابنا من قال : لا يجوز ، وهو قول ابى حامد الإسفراينى لأنه قد يكون فى الـكندوج مالا يخـرج ، وإن اجتمع فرخه فى موضع ، وشوهد جميعه جاز بيعه لأنه معلوم مقدور على تسليمه ، فجاز بيعه) •

(الشرح) الكندوج ــ بكاف مضمومة ثم نون ساكنة ثم دال مهملة مضمومة ثم واو ثم جيم ــ وهو الخلية ، وهو عجمى معرب ، والخليـة عربية ، ويقال لها الكوارة أيضا ، قال أصحابنا : بيع النحل فى الجمـلة جائز ، لأنه حيوان طاهر منتفع به ، فأشبه الحمام ، فان كان فرخه مجتمعا على غصن أو غيره وشاهده كله صح بيعه بلا خلاف عندنا ، فان كان فى الخلية ولم يره فى دخوله وخروجه فهو من بيع الغائب ، وقد سبق بيانه فيفرق بين أن يصفه أو لا يصفه ، فان رآه فى دخوله وخروجه ولم يعرف أنه خرج جميعه ــ وقلنا : لا يجوز بيع الغائب ــ ففى بيعه والحالة هذه وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهمـا (الأصح) الصحة ، لأنه يعرف غالبا ولأن الحاجة تدعو إليه ولا تمكن رؤيته مجتمعا إلا فى لحظة لطيفة فى نادر من الأحوال فلو اشترطت رؤيته مجتمعا لامتنع بيعه غالبا ، وفى ذلك حرج (والثـانى) لا يصح ، وصـححه الرويانى وصـاحب الانتصار •

فلو طار ليرعى فباعه وهو طائر ، وعادته أن يعود فى آخر النهار كما هو الغالب ، وقد رآه قبل طيرانه ، ففى صحة بيعه وجهان ، حكاهما الماوردي والروياني وآخرون (أحدهما) لا يجوز بيعه ، وبه قطع البغوى لأنه غير مقدور عليه فى الحال ، فلم يصح بيعه ، كالحمام وغيره من الطير الألوف إذا باعه فى حال طيرانه (وأصحهما) يصح ، وبه قال ابن سريج قطع به المتولى لأن الغالب عوده إلى موضعه ، فجاز بيعه كعبد خرج لقضاء شغل ، ويخالف سائر الطيور ، لأنه يمكن إمساكها وحبسها عن الطيران بالعلف فى برجها (وأما) النحل فلا بد من الطيران ليرعى ، ولو حبس عنه تلف ، ولا يمكن الانتفاع به إلا إذا طار واجتنى ما يحصل به العسل ، والطير يمكن الانتفاع به محبوسا ، والله سبحانه أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى أصل بيع النحل ، ذكرنا أن مذهبنا جوازه وبه قال أحمد ومحمد والحسن . وقال أبو حنيفة : لا يجوز كالزنبور والحشرات واحتج أصحابنا بأنه حيوان طاهر منتفع به . فجاز بيعه كالشاة بخلاف الزنبور والحشرات فانه لا منفعة فيها ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع الحمل فى البطن ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه : « ان النبى ﷺ نهى عن المجر » والمجر اشتراء ما فى الأرحام ، ولأنه قد يكون حملا وقد يكون ريحا ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، ولأنه إن كان حملا فهو مجهول القدر ، ومجهول الصفة ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، وإن باع حيوانا وشرط انه حامل ففيه قولان (أحدهما) أن البيع باطل، لانه مجهول الوجود مجهول الصفة (والثانى) أنه يجوز لأن الظاهر انه موجود، والجهل به لا يؤثر ، لانه لا تمكن رؤيته فعفى عن الجهل به كاساس الدار) .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البيهقى ، وأشار إلى تضعيفه وضعفه يحيى بن معين والمجر - بميم مفتوحة ثم جيم ساكنة ثم راء - وهو بيع الجنين ، كما فسره المصنف ، وأجمع العلماء على بطلان بيع الجنين ، وعلى

بطلان بيع ما فى أصلاب الفحول ، نقل الإجماع فيهما ابن المنذر والماوردى وغيرهما ، لأنه غرر وللأحاديث ، ولما ذكره المصنف (أما) إذا باع حيوانا من شاة أو بقرة أو ناقة أو فرس أو جارية أو غيرها وشرط أنها حامل ففى صحة البيع خلاف مشهور ، حكاه المصنف والجمهور قولين ، وحكاه جماعة وجهين ، ودليلهما فى الكتاب (أصحهما) عند الأصحاب الصحة (والثانى) البطلان . وقيل : يصح فى الجارية قولا واحدا ، حكاه الرويانى وآخرون ، قالوا : لأن الحمل فى الجارية عيب ، فيكون إعلاما بالعيب والمشهور أنها على القولين .

قال أصحابنا : هما مبنيان على القولين المشهورين فى أن الحمل هل يعرف أم لا ؟ (أصحهما) يعرف ، وله حكم ، وله قسط من الثمن (والثانى) لا يعرف ، ولا حكم له ، ولا قسط من الثمن ، وقد ذكر المصنف القولين فى آخر الباب الأول من كتاب البيوع ، وسبق شرحهما هناك (وإن قلنا) يعرف صح هنا ، وإلا فلا .

(أما) إذا قال : بعتك هذه الجارية وحملها أو هذه الشاة وحملها أو مع حملها أو بعتك هذه الشاة وما فى ضرعها من اللبن ، فوجهان مشهوران (أصحهما) لا يصح البيع ، وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على السنجى ، لأنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم ، بخلاف البيع بشرط أنها حامل ، فانه وصف بائع فاحتمل (والثانى) يصح ، وبه قال الشيخ أبو زيد ، ونقله فى البيان عن الأكثرين ، لأنه يدخل عند الإطلاق فى البيع فلا يضر ذكره ، بل يكون توكيدا وبيانا لمقتضاه ، قال هؤلاء : وهذا كما لو قال : بعتك هذه الرمانة وحبها ، أو هذا الجوز ولبه ، فانه يصح قطعا ، مع أنه لو أفرد اللب بالبيع لم يصح ، قال القاضى أبو الطيب : وينبغى أن يطرد الخلاف فى مسألتي الرمانة والجوز أيضا (والمذهب) الجزم بالصحة فيهما .

(أما) إذا قال : بعتك هذه الجبة وحشوها أو بحشوها فطريقان (أحدهما) أنه على الوجهين فى قوله : بعتك الشاة وحملها (والثانى) يصح قولا واحدا (وأصحهما) الصحة قطعا . لأن الحشو داخل فى مسمى الجبة ، فيكون ذكره توكيدا للفظ الجبة بخلاف الحمل ، ولأن الحشو متيقن بخلاف الحمل (فاذا قلنا) بالبطلان فى هذه الصور قال أبو على السنجي : يكون فى مسألة الجبة فى صحة البيع ، فى الظهارة والبطانة قولا تفريق الصفقة ، وفى صورة الجارية والشاة يبطل البيع فى الجميع . لأن الحشو يمكن معرفة قيمته ، قال إمام الحرمين : هذا التفصيل حسن ، قال أصحابنا : ولو باع حاملا وشرط وضعها لرأس البيع لم يصح بلا خلاف . واستدل له صاحب الشامل والأصحاب بأنه شرط لا يقدر على الوفاء به ، قال أصحابنا : وبيض الطير كحمل الجارية والدابة فى كل ما ذكرناه .

(فــرع) قال أصحابنا لو باع بشرط أنها لبون فطريقان مشهوران (أصحهما) أنه على القولين فى البيع بشرط الحمل . لكن الصحة هنـا أقوى (والطريق الثانى) يصح قطعا . لأن هذا شرط صفة فيها لا يقتضى وجود اللبن حالة العقد ، فهو كشرط الكتابة فى العبد . فان شرط كون اللبن فى الضرع فى الحال كان فيه القولان فى شرط الحمل (أصحهما) الصحة ، ولو شرط كونها تدر كل يوم قدرا معلوما من اللبن بطل البيع بلا خلاف ، لأن ذلك لا يمكن معرفته ، ولا ضبطه فلم يصح كما لو شرط فى العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات .

(فــرع) إذا شرط كونها حاملا أو لبونا ـ وصححنا البيع ـ فلم يجدها كذلك ثبت الخيـار بلا خلاف . كما لو شرط أن العبـد كاتب فاختلف .

(فــرع) قد ذكرنا أن بيع الحمل باطل بالإجماع ، قال أصحابنا : ســواء باعه لمـالك الأم أو لغيره ، بخلاف ما إذا باع الثمرة قبل بدو

الصلاح لمـالك الشجرة ، فانه يصح البيع على أحد الوجهين ، لأن الثمرة متيقنة الوجود ، معلومة الصفات بالمشاهدة بخلاف الحمل .

(فـرع) إذا باع حاملا بيعا مطلقا دخل الحمل فى البيع بالإجماع ، ولو باعها إلا حملها لم يصح البيـع على الصحيح ، وبه قطع المصنف فى الفصل الأخير من هذا الباب وجمهور الأصحاب ، كما لو باعها إلا عضوا منها ، فانه لا يصح باتفاق ، وحكى إمام الحرمين وغيره فيـه وجهين ، والمذهب[1] ولو كانت الأم لإنسان ، والحمل لآخر بالوصية ونحوها ، فباع الأم لمـالك الحمل أو لغيره ، أو باع جارية حاملا بحر ، فطريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور لا يصح البيع ، لأنه لا يدخل فى البيع ، فيصير كأنه استثناه (والثانى) فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين والغزالى ، واختار الصحة ، وصرح الغزالى فى مواضع كثيرة من الوسيط أن الأصح صحة بيع الجارية الحامل بحر ، وليس كما قال ، بل الصحيح الذى قطع به الجماهير بطلان بيعها ، ولو باع سمسما واستثنى لنفسه منه الكسب ، أو باع قطنا واستثنى لنفسه من الخشب ، فالبيع باطل بلا خلاف . ولو باع شاة لبونا واستثنى لبنهـا ، لم يصح البيـع على المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاذ ضعيف جدا أنه يصح ، حكاه الرافعى وجعله صاحب الشامل احتمالا لنفسه ، قال : لأنه يمكن تسليم الأصل دونه بأن يخليه فى الحال ، بخلاف الحمل .

(فـرع) إذا قلنا بالمذهب إنه لا يجوز بيع الجارية دون حملها إذا كانت الأم لواحد والولد لآخر ، فوكلا رجلا ليبيعهما معا بصفقة واحدة ، أو وكل أحدهما الآخر فى بيع ملكه فباعها ، لم يصح البيع ، ذكره الرويانى، وغيره ، قالوا : لأنه لا يملك العقد بنفسه ، فلا يصح توكيله فيه .

---

(1) بياض بالأصل ولعل الساقط : والمذهب ما قطع به المصنف وجمهور الأصحاب عن عدم الصحة . (المطيعى)

(**فــرع**) قال الشافعي في كتاب الصرف : لا خير في أن يبيع الدابة ويشترط عقاقها ، قال أصحابنا وغيرهم : العقاق ــ بكسر العين ــ الحمل ، وهو أحد القولين ، وهو منع بيعها بشرط الحمل ، هكذا أطبق أصحابنا على تفسيره ، ويجوز أن يفسر بأنه شرط استثناء حملها للبائع .

(**فــرع**) ذكر أصــحابنا هنــا النهى المشــهور عن بيع الملاقيح والمضــامين ، قالوا : والملاقيح بيع ما في بطون الحوامل من الأجنــة ، والمضامين ما في أصلاب الفحول من المــاء هكذا فسره أصحابنا وجماهير العلماء وأهل اللغة ، وممن قاله من أهل اللغة أبو عبيــدة ، وأبو عبيد ، والأزهري ، والهروي ، والجوهري ، وخلائق لا يحصون ، قال مالك بن أنس وصاحبا المجمل والمحكم : المضامين ما في بطون الإناث ، وهــذا ضعيف ، لأنه يكون مكررا مع الملاقيح ، قال العلماء : وواحدة الملاقيح ملقوحة (وأما) المضامين فواحدها يجوز أن يكون مضمانا ومضمونا الأول كمقدام ومقاديم ، والآخر كمجنون ومجانين ، وقد أشار إلى الأول صاحب المحكم ، وإلى الثاني الأزهري سميت بذلك لأن الله تعالى أودعها ظهورها فكأنها ضمنتها .

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال « لا تبيعوا الصوف على ظهر الغنم ، ولا تبيعوا اللبن في الضرع » ولأنه مجهول القدر ، لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن أنه من اللبن ولأنه مجهول الصفة لأنه قد يكون اللبن صافيا ، وقد يكون كدرا ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز) .

(**الشرح**) هذا الأثر عن ابن عباس صحيح ، رواه الدارقطني والبيهقي، وروياه عنه مرفوعا بإسناد ضعيف قال البيهقي : تفرد برفعه عمر بن فروخ ، وليس بقوي ، قال : والمحفوظ أنه موقوف واتفقت نصوص الشــافعي

والأصحاب على بطلان بيع اللبن فى الضرع ، لما ذكره المصنف ، ولأنه لا يمكن تسليمه حتى يختلط بغيره مما يحدث ، وهذه العلة هى المرضية عند إمام الحرمين ، فلو قال : بعتك من اللبن الذى فى ضرع هذه الشاة أو البقرة رطلا فطريقان (المذهب) بطلانه ، وبه قطع الأكثرون لأنه مجهول ، ولأنه لا يتيقن وجود ذلك القدر (والطريق الثانى) فيه قولا بيع الغائب ، حكاه المتولى وغيره .

ولو حلب شيئا من اللبن فأراه ثم قال : بعتك رطلا مما فى الضرع ، فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين ذكرهما القاضى حسين وإمام الحرمين والفورانى والرويانى وآخرون (أحدهما) يصح ، كما لو رأى أنموذجا من خل أو لبن فى إناء (وأصحهما) لا يصح ، لأنه يختلط بغيره مما يدر فى الضرع لحظة بلحظة ، صححه القاضى حسين والرويانى وآخرون ، ولو قبض قدرا من الضرع وأحكم شده ثم باع ما فيه فقد ذكر الغزالى فى الوسيط فى صحته وجهين ، وهذا نقل غريب لا يكاد يوجد لغيره (والصحيح) بطلان هذا البيع .

(فرع) أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان فى ضرعه لبن ، وإن كان اللبن مجهولا ، لأنه تابع للحيوان ، ودليله من السنة حديث المصراة .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع اللبن فى الضرع ، قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه ، وبه قال جمهور العلماء منهم ابن عباس وأبو هريرة ومجاهد والشعبى وأحمد وإسحق وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر ، وقال طاوس : يجوز بيعه كيلا ، وقال سعيد بن جبير : يجوز بيعه ، وقال الحسن البصرى : يجوز شراء لبن الشاة شهرا ، ومثله عن مالك ومحمد

ابن مسلمة المالكى [1] ، قالوا : لأنه معلوم القدر والصفة فى العادة ، وقاسوه على ما إذا استأجر امرأة للإرضاع شهرا ، فانه يصح ويستحق اللبن . واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وذكرناه من الأثر عن ابن عباس وكونه مجهولا مختلفا مع الحديث الصحيح فى النهى عن بيع الغرر (وأما) قولهم : معلوم القدر والصفة فى العادة فغير مسلم ، والفرق بينه وبين استئجار المرأة للإرضاع أن الحاجة تدعو إلى استئجارها بخلاف مسألتنا ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقول ابن عباس ، ولانه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ، ولانه لا يمكن تسليمه إلا باستئصاله من اصله ، ولا يمكن ذلك إلا بايلام الحيوان وهذا لا يجوز) .

(**الشرح**) قوله : لقول ابن عباس يعنى المذكور فى الفصل قبله ، قال الشافعى والأصحاب : لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم ، لما ذكره المصنف ، سواء شرط جزه فى لحال أم لا ، هذا هو المذهب والمنصوص . وبه قطع الجماهير ، وفيه وجه أنه يجوز بشرط الجز فى الحال ، حكاه الرافعى ، وهو شاذ ضعيف ، ولو قبض على كفلة من الصوف وهى قطعة جمعها وقال : بعتك هذه ، صح بلا خلاف ، كذا قاله إمام الحرمين والغزالى . كما لو باع شجرة فى أرض قال الغزالى : وفيه احتمال لأنه يتغير به عين المبيع . بخلاف الأرض ، فانها لا تتغير بقطع الشجر وغيره .

(**فرع**) اتفق أصحابنا على جواز بيع الصوف على ظهر الحيوان

---

(١) هو محمد بن مسلمة بن هشام بن اسماعيل أبو هشام . وهشام جده كان اميرا على المدينة روى محمد هذا عن مالك وهو معدود فى الطبقة الوسطى فى أصحاب مالك وكان احد فقهاء المدينة وكان أفقههم فى زمانه وهو ثقة وله كتب فقه أخذت عنه قال فى الديباج : وهو ثقة مأمون حجة جمع العلم والورع وتوفى سنة ٢٠٦ هـ (ط) .

المذبوح لأن استبقاءه بكماله يمكن من غير ضرر ، بخلاف بيعه فى حياة الحيوان ، وممن صرح بالمسألة البغوى فى التهذيب ، ولم يذكر غير هذا ، وقال فى كتابه شرح مختصر المزنى : قال أصحابنا : يجوز ، قال : وعندى أنه لا يجوز بيع الرأس قبل السلخ ، والمذهب ما نقله الأصحاب .

(فرع) اتفق أصحابنا على أنه يجوز أن يوصى باللبن فى الضرع ، والصوف على ظهر الغنم ، لأن الوصية تقبل الغرر والجهالة ، وممن صرح به البغوى فى كتابه التهذيب وشرح مختصر المزنى وآخرون ، قال البغوى فى شرح المختصر : ويجز الصوف على العادة ، قال : وما كان موجودا حال الوصية يكون للموصى له على العادة ، وما حدث يكون للوارث ، قال : ولو اختلفا فى قدره فالقول قول الوارث بيمينه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع الصوف على ظهر الغنم ، ذكرنا أن مذهبنا بطلانه ، وبه قال جماهير العلماء ، نقله الرويانى فى البحر عن الجمهور ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وأبى حنيفة وأحمد وإسحق وأبى ثور ، قال : وبه أقول ، وقال سعيد بن جبير وربيعة ومالك والليث ابن سعد وأبو يوسف : يجوز بيعه بشرط أن يجز قريبا من وقت البيع ، كما يجوز بيع الرطب والقصيل والبقل ، واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف ، وأجابوا عن قياسهم بأنه يمكن استثناء جميع ذلك من أصله بغير إضرار بخلاف الصوف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة ، فإن باع بثمن مطلق فى موضع ليس فيه نقد متعارف ، لم يصح البيع ، لانه عوض فى البيع ، فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه ، فإن باع بثمن معين تعين ، لانه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع فإن لم يره المتعاقدان او احدهما فعلى ما ذكرناه من القولين فى بيع العين التى لم يرها المتبايعان او احدهما) .

(الشرح) قوله : عوض فى البيع احتراز من الثواب فى الهبة على أحد القولين ، قال أصحابنا : يشترط كون الثمن معلوم الصفة ، فان قال : بعتك هذه الدار ، أو قال : بهذه الدنانير ، أو قال : بهذه الدراهم ، وهى مشاهدة لهما ، صح البيع ، سواء علما قدرها أم لا ، وقد سبقت المسألة عند مسألة بيع الصبرة جزافا ، وإن قال : بعتك بالدينار الذى فى بيتى أو فى هميانى ، أو الدراهم التى فى بيتى ، فان كان قد رأياها قبل ذلك صح البيع ، وإلا ففيه الخلاف فى بيع العين الغائبة (أما) إذا قال : بعتك بدينار فى ذمتك ، أو قال : بعشرة دراهم فى ذمتك ، أو أطلق الدراهم فلا خلاف أنه يشترط العلم بنوعها ، فان كان فى البلد نقد واحد أو نقود ، لكن الغالب واحد منها ، انصرف العقد إلى ذلك النقد الواحد أو الغالب ، وإن كان فلوسا انصرف إليها عند الإطلاق . صرح به البغوى والرافعى وغيرهما ، فان عين غير ذلك فى العقد تعين .

(فرع) قد ذكرنا فى باب زكاة الذهب والفضة فى جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة ، أنها إن كان الغش معلوم القدر صحت المعاملة بها قطعا ، فان كان مجهولا فأربعة أوجه (أصحها) تصح المعاملة بها معينة وفى الذمة (والثانى) لا تصح (والثالث) تصح معينة ولا تثبت فى الذمة بالبيع ، ولا بغيره (والرابع) إن كان الغش غالبا لم تصح ، وإلا فتصح ، وذكر هناك توجيه الأوجه وتفريعها وفوائدها ، قال أصحابنا : فان قلنا بالصحيح وهو الصحة مطلقا انصرف إليها العقد عند الإطلاق ، ولو باع بمغشوش ثم بان أن فضته ضئيلة جدا فله الرد على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الصيمرى عن شيخه أبى العباس البصرى أنه كان يقول فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) لا خيار ، لأن غشها معلوم فى الأصل ، وحكى هذا الوجه أيضا صاحب البيان والرافعى وغيرهما .

(فرع) إذا كان فى البلد نقدان أو نقود ، لا غالب فيها ، لم يصح

البيع هناك حتى يعين نقدا منها ، وهذا لا خلاف فيه ، لأنه ليس بعضها أولى من بعض .

(فرع) قال أصحابنا : وتقويم المتلف يكون بغالب نقد البلد ، فان كان فيه نقدان فصاعدا ولا غالب فيها عين القاضى واحدا للتقويم بلا خلاف .

(فرع) لو غلب من جنس العروض نوع ، فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق ؟ فيه وجهان مشهوران فى طريقة الخراسانيين (أصحهما) ينصرف كالنقد (والثانى) لا ، لأن النقد لا يختلف الغرض فيه ، بخلاف العرض ، وصورة المسألة أن يبيع صاعا من الحنطة بصاع منها ، أو شعير فى الذمة ، وتكون الحنطة والشعير الموجودان فى البلد صنفا معروفا أو غالبا لا يختلف ، ثم يحضره بعد العقد ويسلمه فى المجلس .

(فرع) قال أصحابنا : كما ينصرف العقد عند الإطلاق إلى النقد الغالب من حيث النوع ينصرف إليه أيضا من حيث الصفة ، فاذا باع بدينار أو دنانير ، والمعهود فى البلد الدنانير الصحاح انصرف إليها ، وإن كان المعهود المكسرة انصرف إليها ، كذا نقله الصيمرى وصاحب البيان عن الأصحاب ، قالا : إلا أن تتفاوت قيمة المنكسر ، فلا يصح ، قال الرافعى : وعلى هذا القياس لو كان المعهود أن يؤخذ نصف الثمن من هذا ونصفه من ذاك أو أن يؤخذ على نسبة أخرى ، فالبيع صحيح محمول على ذلك المعهود ، وإن كان المعهود التعامل بهذا مرة وبهذا مرة ، ولم يكن بينهما تفاوت ، صح البيع وسلم ما شاء منهما ، وإن كان بينهما تفاوت لم يصح البيع ، كما لو كان فى البلد نقدان غالبان وأطلق .

ولو قال : بعتك بألف صحاح ومكسرة فوجهان (أصحهما) بطلان البيع لعدم بيان قدر الصحيح والمكسرة (والثانى) صحته ، ويحمل على

النصف . قال الرافعي : ويشبه أن يجيء هذا الوجه فيما إذا قال : بعتك بألف مثقال ذهب وفضــة (قلت :) لا جريان له هناك . والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر • وإن قال : بعتك بألف درهم مسلمة أو منقية لم يصح ، لأنه ليس لها عادة مضبوطة ، ذكره الصيمرى وصاحب البيان •

(فــرع) قال أصحابنا : لو قال : بعتك بدينــار صحيح فأحضر صحيحين وزنهما مثقال ، لزمه قبولهما ، لأن الغرض لا يختلف بذلك ، وإن أحضر صحيحا وزنه مثقال ونصف ، قال صاحب التتمة : لزمه قبوله . وتبقى الزيادة أمانة فى يده ، والصواب الذى عليه المحققون أنه لا يلزمه قبوله لمــا فى الشركة من الغرر • وقد جزم صاحب البيان وآخرون بأنه لا يلزمه قبوله فلو تراضيا جاز ، ثم إن أراد أحدهما كسره وامتنع الآخر لم يجز البيع ، لمــا فى هذه القسمة من الضرر •

قال أصحابنا : ولو باع بنصف دينار صحيح بشرط كونه مدورا جاز إن كان يعم وجوده هناك فان لم يشترط كونه مدورا وكان وزنه نصف مثقال ــ فان سلم إليه صحيحا أكثر من نصف مثقال وتراضيا بالشركة فيه ــ جاز فان امتنع أحدهما لم يجز لمــا ذكرناه ولو باعه شيئا بنصف دينار صحيح ، ثم باعه شيئا آخر بنصف دينار صحيح ، فان سلم صحيحا عنهما فقد زاده خيرا . وإن سلم قطعتين وزن كل واحدة نصف دينــار جاز ، فلو شرط فى العقد الثانى تسليم صحيح عنهما فالعقد الثانى باطل (وأما الأول) فان كان الشرط بعد لزومه فهو ماض على الصحة ، ويلزمه نصف هو شق ، وإن كان قبل لزومه فهو إلحاق شرط فاسد بالعقد فى زمن الخيار ، والأصح أنه يلحق فيبطل العقد الأول أيضا ، والله سبحانه أعلم •

قال الصيمرى وصاحب البيان : وإن قال : بعتك هذا الثوب بنصفى دينار ، لزمه تسليم دينار مضروب ، لأن ذلك عبارة عن دينار ، وإن قال :

بعتكه بنصف دينار وثلث دينار وسدس دينار ، لم يلزمه دينار صحيح ، بل له دفع شق من كل وزن .

(فـرع) لو باع بنقد قد انقطع من أيدى الناس فالعقد باطل لعدم القدرة على التسليم ، فان كان لا يوجد فى ذلك البلد ، ويوجد فى غيره ، فان كان الثمن حالا أو مؤجلا إلى أجل لا يمكن نقله فيـه فالعقد باطل أيضا ، وإن كان مؤجلا إلى مدة يمكن نقله فيها صح البيع ثم إن حل الأجل وقد أحضره فذاك ، وإلا فينبنى على أن الاستبدال على الثمن هل يجوز ؟ (إن قلنا :) لا ، فهو كانقطـاع المسلم فيه (وإن قلنـا) نعم استبدل ولا ينفسخ العقد على المذهب وفيه وجه ضعيف أنه ينفسخ (أما) إذا كان يوجد فى البلد ولكنه عزيز ، فان جوزنا الاستبدال صح العقد ، فان وجد فذاك وإلا فيستبدل وإن لم نجوزه لم يصح (أما) إذا كان النقد الذى جرى به التعامل موجودا ثم انقطع فان جوزنا الاستبدال استبدل وإلا فهو كانقطاع المسلم فيه والله سبحانه أعلم .

(فـرع) لو باع بنقد معين أو مطلق ، وحملناه على نقد البلد فأبطل السلطان المعاملة بذلك النقد لم يكن للبائع إلا ذلك النقد ، هذا هو المذهب وقد سبقت المسألة فى هذا الباب فى فرع من مسائل كيفية القبض ، وذكرنا فيها أوجهها وتفاريعها .

(فـرع) قال صاحب البيان : قال الصيمرى : إذا باعه بنقد فى بلد ثم لقيه ببلد آخر لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد فدفع إليه النقد المعقود عليه فامتنع من قبضه ، فهل له الامتناع ؟ فيه ثلاثة أوجه (الصحيح) ليس له الامتناع ، بل يجبر على أخذه ، لأنه المعقود عليه ، كما لو باعه بحنطة فلم يقبضها حتى رخصت (والثانى) لا يجبر على أخذها ، وله الامتناع

منه ، كما لو سلم إليه فى موضع مخوف (والثالث) إن كان البلد الذى يدفعه فيه لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد أيضا : لم يجبر عليه ؛ وإن كانوا يتعاملون به بوكس لزمه أخذه وأجبر عليه •

(فـرع) إذا باعـه بثمن معين تعين الثمن ، وقال أبو حنيفـة : لا يتعين ، وكذا لو عينـا فى الإجارة أو الصداق أو الخلع أو غيرها من العقود دراهم أو دنانير تعينت بالتعيين عندنا ، وقال أبو حنيفة : لا تتعين الدراهم والدنانير فى العقود كلها ، وتظهر فائدة الخلاف فى مسائل :

(منها) لو تلفت تلك الدراهم قبل القبض انفسخ العقد ، ولا ينفسخ عنـده •

(ومنها) لو أراد أن يمسك تلك ويدفع بدلها لم يكن له ذلك عندنا ؛ ويجوز عنده •

(ومنها) لو وجد بتلك الدراهم عيبا وردها انفسخ العقد ، وليس له طلب البدل ؛ وعنده له ذلك •

(ومنها) لو أراد أن يأخذ عنها عوضا من القبض لا يجوز عندنا كالقبض ، وعنده يجوز ، واحتج أبو حنيفـة بأن المقصود من الدراهم والدنانير رواجها لا عينها ، وغير المعين يعمل عمل المعين ، واحتج أصحابنا بالقياس على السلعة فانها تتعين بالإجماع وبالقياس على الغصب ؛ فان الدراهم والدنانير تتعين فيه بالإجماع ؛ وبالقياس على ما لو أخذ صاعا من صبرة فباعه بعينه ، فانه يتعين بالإجماع ؛ ولا يجوز أن يعطى صاعا آخر بدله من تلك الصبرة مع أنه يعمل عمله ؛ ولأنه قصد بالتعيين أن لا يتعلق الثمن بذمته فلا يجوز تعليقه بها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز إلا بثمن معلوم القدر ، فإن باع بثمن مجهول كبيع السلعة برقمها ، وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته ، وهما لا يعلمان ذلك ، فالبيع باطل لأنه عوض فى البيع ، فلم يجز مع الجهل بقدره ، كالمسلم فيه ، فإن باعه بثمن معين جزافا جاز ، لأنه معلوم بالمشاهدة ، ويكره ذلك ، كما قلنا فى بيع الصبرة جزافا ، وإن قال : بعتك هذا القطيع ، كل شاة بدرهم ، أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة وعدد القطيع صح البيع ، لأن غرر الجهالة ينتفى بالعلم بالتفصيل ، كما ينتفى بالعلم بالجملة ، فإذا جاز بالعلم بالجملة جاز بالعلم بالتفصيل) .

(الشرح) أما مسألة القطيع والصبرة والبيع بدراهم جزاف ، فسبق شرحه واضحا قريبا فى مسائل البيع بثمن معلوم القدر ، وذكرنا هناك أن الجزاف يقال ــ بكسر الجيم وفتحها وضمها ــ واتفق الأصحاب على أنه يشترط كون الثمن معلوم القدر ، لحديث النهى عن بيع الغرر ، فلو قال : بعتك هذا بدراهم أو بما شئت أو نحو هذه العبارات لم يصح البيع بلا خلاف . ولو قال : بعتك هذه السلعة برقمها أى بالثمن الذى هو مرقوم به عليها ، أو بما باع به فلان فرسه أو ثوبه ، فان كانا عالمين بقدره صح البيع بلا خلاف . وإن جهلاه أو أحدهما فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعات من الخراسانيين لا يصح البيع ، لما ذكره المصنف مع أنه غرر (والثانى) حكاه الفورانى وصاحب البيان وغيرهما فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) إن علما ذلك القدر قبل تفرقهما من المجلس صح البيع ، وحكى الرافعى وجها ثالثا أنه يصح مطلقا ، لتمكن من معرفته ، كما لو قال : بعت هذه الصبرة كل صاع بدرهم يصح البيع ، وإن كانت جملة الثمن فى الحال مجهولة ، وهذا ضعيف شاذ .

(فرع) لو قال : بعتك هذا بمائة دينار إلا عشرة دراهم ، أو بمائة درهم إلا دينارا ، قال المتولى والرافعى : إن علما قيمة الدينار

بالدراهم صح وإلا فلا ، بخلاف ما لو أقر بمائة دينار إلا عشرة دراهم ، فانه يصح ، وإن لم يعلما قدر القيمة ، لأن الإقرار بالمجهول صحيح ، هذا كلامهما ، وينبغي أن لا يكفي مع علمهما ، بل يشترط علمهما بالقيمة قصدهما استثناء القيمة ، وقد ذكر صاحب المستظهرى فيما إذا لم يعلما حالة العقد قيمة الدينار بالدراهم ، ثم علما ذلك فى الحال طريقين (أصحهما) لا يصح ، كما ذكرناه (والثانى) فيه وجهان ، وقال صاحب البيان : إذا باعه بدينار إلا درهما لم يصح على المشهور قال : وحكى الصميرى وجها أنهما إذا كانا يعلمان قيمة الدينار من الدراهم صح البيع . وهذا الذى ادعى أنه المشهور غريب (والأصح) أنهما إذا علما قيمته وقصد استثناء القيمة صح وإلا فلا .

قال فى البيان : ولو قال بعتك بألف درهم من صرف عشرين بدينار لم يصح ، لأن المسمى هى الدراهم وهى مجهولة ، ولا تصير معلومة بذكر قيمتها ، قال : وإن كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لم يصح أيضا ، لأن السعر يختلف ولا يختص ذلك بنقد البلد ، قال ابن الصباغ : وهكذا يفعل الناس اليوم يسمون الدراهم ويبتاعون بالدنانير ، ويكون كل قدر من الدراهم معلوم عندهم دينارا ، قال : وهذا البيع باطل ، لأن الدراهم لا يعبر بها عن الدنانير حقيقة ، ولا مجازا ، ولا يصح البيع بالكناية ، هذا ما نقله صاحب البيان وهو ضعيف . بل الأصح صحة البيع بالكناية كما سبق أول كتاب البيوع ، وعلى هذا إذا عبر بالدنانير عن الدراهم صح ، والله أعلم .

(فـرع) فى بيع التلجية وصورته أن يتفقا على أن لا يظهرا العقد ، إما للخوف من ظالم ونحوه ، وإما لغير ذلك ، ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعا ، ثم يعقد البيع ، فاذا عقداه انعقد عندنا . ولا أثر للاتفاق السابق ، وكذا لو اتفقا علي أن البيع بألف ويظهرا ألفين فعقدا بألفين ،

صح البيع بألفين ، ولا أثر للاتفاق السابق ؛ هذا مذهبنا ، وكذا رواه أبو يوسف عن أبى حنيفة وروى عنه محمد أنه لا يصح إلا أن يتفقا على أن الثمن ألف درهم فتبايعا بمائة دينار ، فيكون الثمن مائة دينار استحسانا ، وبه قال أبو يوسف ومحمد قالوا : لأنه إذا تقدم الاتفاق صارا كالهازلين ؛ دليلنا أن الاتفاق السابق ملغى بدليل أنهما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا بلا شرط صح العقد (وأما) قولهم : كالهازلين فالأصح عندنا انعقاد بيع الهازل .

(فرع) روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى ﷺ نهى عن بيع العربان » رواه مالك فى الموطأ ، قال : أخبرنى الثقة عن عمرو ابن شعيب فذكره ، ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء[1] ورواه أبو داود فى سننه عن القعنبى عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب وهذا أيضا منقطع لا يحتج به ؛ ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرخامى عن حبيب بن أبى ثابت كاتب مالك عن عبد الله ابن عامر الأسلمى عن عمرو بن شعيب ، وحبيب بن أبى ثابت هذا ، وعبد الله بن عامر الأسلمى هذا ضعيفان باتفاق المحدثين ، وذكر البيهقى رواية مالك ، وهى قوله بلغنى عن عمرو بن شعيب .

ثم قال البيهقى : هكذا روى مالك هذا الحديث فى الموطأ ، فلم يسم راويه الذى رواه عنه قال : ورواه حبيب بن أبى ثابت عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمى عن عمرو بن شعيب ، وقيل : إنما رواه مالك عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب ؛ كذا قاله أبو أحمد بن عدى الحافظ ؛ قال ابن عدى : والحديث عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مشهور ، قال البيهقى : وقد روى هذا الحديث عن الحارث بن عبد الرحمن بن

---

(١) وذلك لجهالة هذا الثقة وذلك بناء على أن توثيق الثقة للمجهول لا يكسبه صفتى العدالة والضبط . (المطيعى)

أبي ذباب[١] عن عمرو بن شعيب ثم رواه البيهقي باسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن عمرو ، ثم قال البيهقي : عاصم هذا فيه نظر ، وحبيب بن أبي ثابت هذا ضعيف ، وعبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتج بهما ، والأصل في هذا الحديث أنه مرسل مالك ، وقال البيهقي في كتابه معرفة السنن والآثار : بلغني أن مالكا أخذه عن عبد الله بن عامر ، وقيل : عن ابن لهيعة ، وقيل : عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب . قال : وفي الجميع ضعف ، فالحاصل أن هذا الحديث ضعيف ، قال : وإنما بسطت الكلام فيه لشهرته والحاجة إلى معرفته .

قال أهل اللغة : في العربان ست لغات عربان وعربون — بضم العين وإسكان الراء فيهما — وعربون — بفتحهما — وأربان وأربون وأربون — بالهمزة بدل العين — والوزن كالوزن ، وقد أوضحتهن في تهذيب الأسماء واللغات[٢] ، وفي ألفاظ التنبيه أفصحهن عربون — بفتحهما —

---

(١) في الأصل دياب بالمهملة والمثناة التحتية والموحدة وهو خطأ وصوابه ما أثبتناه هنا . (ط)

(٢) قال الشارح في مادة (ارب) قوله في التنبيه : ولا يجوز بيع الاربون ، فيه لغات كثيرة حاصلها ست : ارون ، واركون واربان وعربون وعربان . ذكره ابن قتيبة في موضعين من أدب الكاتب احدهما في باب ما ينقص منه ويزاد فيه والآخر في باب ما جاء فيه أربع لغات : اربان واربون وعربان وعربون : الاول بضم الهمزة وسكون الراء وضم الباء ، والثانية بفتح الهمزة وسكون الراء وضم الباء ، وهذه المذكورة في الثالثة والرابعة على مثال الاولى والثانية الا انهما بالعين بدل الهمزة ، هذا ما ذكره ابن قتيبة ، وذكر صاحب المحكم عربان وعربون بالضم كما تقدم وزاد ثالثة عربون بفتح العين والراء قال : والاربان يعني بالضم لغة في العربان ، قال ابن الجواليقي في كتابه (المعرب) : الاربان والاربون عجمي يعني معربا وأما معناه فقال صاحب الحاوي فيه : روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع العربان » وروى « عن بيع الاربون قال مالك : وهو أن يشترى الرجل العبد أو يتكارى الدابة ثم يقول : اعطيتك دينارا على انى ان رجعت عن البيع أو الكراء فما أعطيتك لك ، وهذا بيع باطل للنهى عنه وللشرط فيه ، ولأن معنى القمار قد تضمنه والله تعالى أعلم . هذا ما ذكره في الحاوي وهذا الحديث رويناه في موطأ مالك رضى الله عنه عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال : «نهى رسول الله ﷺ عن العربان » قال مالك : وذلك فيما نرى والله أعلم ان يشترى الرجل العبد أو الوليدة او يتكارى الدابة ثم يقول للذى اشترى منه أو يكارى منه : انا أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك او اقل على انى ان اخذت السلعة أو ركبت ماتكاريت منك فالذى أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة ، وان تركت السلعة أو الكراء فما أعطيتك فهو لك ، باطل بغير شيء . هذا ما رويناه في الموطأ ، وهذا الشرط انما يبطل =

وهو عجمي معرب ؛ ويقال منه عربت فى الشيء وأعربت ، وهو أن يشترى شيئا ويعطى البائع درهما أو دراهم ويقول : إن تم البيع بيننا فهو من الثمن ؛ وإلا فهو هبة لك ، قال أصحابنا : إن قال هذا الشرط فى نفس العقد فالبيع باطل ، وإن قاله قبله ولم يتلفظا به حالة العقد فهو بيع صحيح ، هذا مذهبنا ؛ وقد ذكر المصنف المسألة فى التنبيه ؛ ولم يذكرها فى المهذب •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى بيع العربون •

قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه إن كان الشرط فى نفس العقد ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس ، والحسن ومالك وأبى حنيفـة ، قال : وهو يشبه قول الشافعي، قال : وروينا عن ابن عمر وابن سيرين جوازه ، قال : وقد روينا عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى دارا بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ، فان رضى عمر فالبيع له . وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة ، قال ابن المنذر : وذكر لأحمد بن حنبل حديث عمر فقال : أى شيء أقدر أقول ؟!! هذا ما ذكره ابن المنذر ، وقال الخطـابى : اختلف الناس فى جواز هذا البيع فأبطله مالك والشافعي للحديث ، ولمـا فيه من الشرط الفاسد والغرر ، وأكل المـال بالباطل ، وأبطله أيضا أصـحاب الرأى ، وعن عمر وابن عمر جوازه ، ومال إليه أحمـد بن حنبل ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

البيع على مذهبنا اذا كان فى نفس عقد البيع لا سابقا ولا متاخرا . فان سبق أو تأخر فلا تأثير وهو لغو لا يلزم به شيء والله اعلم . قال الامام أبو سليمان الخطابى رحمه الله فى كتابه معالم السنن وهو شرح سنن أبى داود وقال : بعد ان نذكر الحديث وتفسير مالك هذا تفسير بيع العربان . قال : وقد اختلف الناس فى جواز هذا البيع فأبطله مالك والشافعى للخبر ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر ويدخل ذلك فى أكل المال بالباطل وأبطله أصحاب الرأى ، وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز هذا البيع ، ويروى ذلك أيضا عن عمر ومال احمد بن حنبل الى القول باجازته وقال : أى شيء اقدر أن أقول؟ وهذا عمر رضى الله عنه ــ يعنى اجازه ، وضعف الحديث فيه لانه منقطع ؛ وكانت رواية مالك عن بلاغ . هذا ما ذكره الخطابى اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان لرجل عبدان فباع احدهما من رجل ، والآخر من رجل آخر ، فى صفقة واحدة بثمن واحد ، فإن الشافعى رحمه الله قال فيمن كاتب عبدين بمال واحد : إنه على قولين (احدهما) يبطل العقد ، لأن العقد الواحد مع اثنين عقدان ، فإذا لم يعلم قدر العوض فى كل واحد منهما بطل كما لو باع كل واحد منهما فى صفقة بثمن مجهول (والثانى) يصح ، ويقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما ، فمن أصحابنا من قال : فى البيع ايضا قولان ، وهو قول ابى العباس ، وقال ابو سعيد الإصطخرى وأبو إسحق : يبطل البيع قولا واحدا ، لأن البيع يفسد بفساد العوض (والصحيح) قول أبى العباس لأن الكتابة ايضا تفسد بفساد العوض ، وقد نص فيها على قولين) .

(**الشرح**) نص الشافعى رحمه الله على أنه إذا كاتب عبيدا بعوض واحد على قولين (أحدهما) صحة الكتابة ويوزع العوض عليهم بالقيمة (والثانى) فسادها ونص على أنه لو اشترى عبيدا من مالكيهم أو وكيلهم ولكل واحد عبد معين فاشتراهم بثمن واحد أن البيع باطل ، ونص أنه لو باع عبديه لرجلين لكل واحد عبد معين بثمن واحد . أن البيع باطل ، وصورته أن يقول : بعتك يا زيد هذا العبد ، وبعتك يا عمرو هذا العبد كليهما بألف درهم فقالا : قبلنا ، قال الأصحاب : ويتصور أن يخلع نسوة بعوض واحد ، وأن يتزوج نسوة بعوض واحد فى عقد واحد ، بأن يكون الولى واحدا ، مثل أن يكون له بنات بنين أو بنات إخوة أو بنات أعمام أو معتقات . ويتصور مع تعدد الولى بأن يوكل الأولياء رجلا واحدا قال أصحابنا : فيصح النكاح فى مسألة النكاح ، ويقع الطلاق فى مسألة الخلع .

(وأما) المسمى فى الصداق والخلع ففيه طريقان (أحدهما) يفسد ، ويجب مهر المثل لكل واحدة فى مسألة النكاح ، وعلى كل واحدة فى مسألة الخلع .

(والطريق الثانى) وهو الأصح أن المسألة على قولين فى النكاح والخلع (أصحهما) فساد المسمى ووجوب مهر المثل (والثانى) صحته . ويوزع عليهن على قدر مهور أمثالهن .

(وأما) البيع والكتابة ففيهما أربع طرق (أصحها) طرد القولين فيهما (أصحهما) الفساد فيهما (والثانى) الصحة والتوزيع عليهم بالقيمة (والطريق الثانى) القطع بفساد البيع وصحة الكتابة (والثالث) يفسد البيع ، وفى الكتابة قولان (والرابع) تصح الكتابة ، وفى البيع قولان ، وإن أفردت قلت : فى البيع طريقان (أصحهما) قولان (أصحهما) البطلان (والطريق الثانى) القطع بالبطلان وفى الكتابة طريقان (أصحهما) قولان (أصحهما) الفساد (والطريق الثانى) القطع بالصحة ، والأصح فى الجميع الفساد (فاذا قلنا) بصحة الصداق وزع المسمى على نسبة مهر أمثالهن على المذهب ، وفيه قول ضعيف ، وبعضهم يحكيه وجها أنه يوزع على عدد رءوسهن .

(وإذا قلنا) بفساد الصداق ففيما يجب لكل واحدة القولان فيما لو أصدقهما خمرا ونحوها (أصحهما) مهر المثل (والثانى) يوزع المسمى على مهور أمثالهن ، ويجب لكل واحدة ما يقتضيه ألتوزيع ، ويكون الحاصل لهن على هذا القول بقدر المسمى ، إذا قلنا بالصحة لكن يدفع الزوج من حيث شاء ، ولا يجب من نفس المسمى (أما) إذا زوج أمتيه بعبد على صداق واحد فيصح المسمى بلا خلاف ، فان المستحق لصداقهما واحد كما لو باع عبديه بثمن ، ولو كان له أربع بنات ولآخر أربعة بنين فزوجهن بهم صفقة بمهر واحد ، بأن قال : زوجت بنتى فلانة ابنك فلانا ، وفلانة فلانا بألف ، فطريقان حكاهما المتولى (أحدهما) فى صحة الصداق القولان (والثانى) القطع ببطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) لو كان لرجل عبد فقال لرجلين : بعتكما هذا العبد بألف فقالا : قبلنا ، صح البيع ، لأن الثمن ينقسم على أجزائه . ويكون لكل واحد منهما نصفه بخمسمائة وهـذا لا خلاف فيه . فان قال أحدهما : قبلت . ولم يقبل الآخر ، كان للقابل نصفه بخمسمائة ؛ لأن إيجابه لهمـا بمنزلة عقدين لكل واحد عقد ؛ فصح قبول أحدهما دون الآخر . ولو كان له عبدان فقال لرجلين : بعتكما هذين العبدين بألف . فقالا : قبلنا ، صح البيع بلا خلاف ، ويكون لكل واحد نصف العبدين بخمسمائة ، كما لو باعهما لواحد ، فلو قال أحدهما : قبلت نصفهما وسكت الآخر ، صح البيع فى نصفيهما للقابل بخمسمائة ، لمـا ذكرناه فى العبد الواحد .

وهكذا لو قال أحدهما قبلت ولم يقل : نصفهما ، وسكت الآخر ، صح فى نصفهما للقابل بخمسمائة ؛ لأن إطلاق القبول يرجع إلى ما يقتضيه الإيجاب ؛ وهو نصفهما له بخمسمائة ، وإن قال أحدهمـا : قبلت أحد العبدين أو قبلت هذا بخمسمائة لم يصح البيع بلا خلاف . لأنه ليس مطابقا للإيجاب . وإن قال أحدهما قبلت نصف أحد العبدين أو نصف هذا العبد بحصته ، لم يصح بلا خلاف لمـا ذكرناه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(فإن قال بعتك بألف مثقال ذهبا وفضة ، فالبيع باطل ، لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما ، فكان باطلا ، وإن قال : بعتك بألف نقدا أو بألفين نسيئة ، فالبيع باطل ، لأنه لم يعقد على ثمن بعينه ، فهو كما لو قال : بعتك احد هذين العبدين) .

(الشرح) هاتان المسألتان كما قالهما باتفاق الأصحاب ، وهما داخلتان فى النهى عن بيع الغرر ، وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى ﷺ نهى عن بيعتين فى بيعة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، قال :

وفى الباب عن ابن عمر وابن عباس وأبى سعيد وأنس وفسر الشافعى وغيره من العلماء البيعتين فى بيعة تفسيرين (أحدهما) أن يقول : بعتك هـذا بعشرة نقدا ، أو بعشرين نسيئة (والثانى) أن يقول : بعتكه بمائة مثلا على أن تبيعنى دارك بكذا وكذا . وقد ذكر المصنف التفسيرين فى الفصل الذى بعد هذا ، وذكرهما أيضا فى التنبيه ، وذكرهما الأصحاب وغيرهم (والأول) أشهر وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع .

(وأما) الحديث الذى فى سنن أبى داود عن أبى هريرة قال : « قال رسول الله ﷺ : من باع بيعتين فى بيعة له أوكسهما أو الربا » فقال الخطابى وغيره : يحتمل أن يكون ذلك فى قصة بعينها ، كأنه أسلف دينارا فى قفيز حنطة إلى شهر فحل الأجل فطالبه فقال : بعنى القفيز الذى لك على إلى شهرين بقفيزين ، فهذا بيع ثان قد دخل على البيع الأول ، فصار بيعتين فى بيعة ، فيرد إلى أوكسهما وهو الأصل ، فان تبايعا البيع الثانى قبل فسخ الأول كانا قد دخلا فى الربا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن باع بألف مثقال ذهب وفضة ، مذهبنا أنه بيع باطل ، وقال أبو حنيفـة : يصح ويكون الثمن نصفين ، واحتج أصحابنا بالقياس على ما لو باعه بألف ، بعضه ذهب وبعضه فضة ، فانه لا يصح .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(وإن باع بثمن مؤجل لم يجز إلى أجل مجهول ، كالبيع إلى العطاء ، لأنه عوض فى بيع ، فلم يجز إلى أجل مجهول كالمسلم فيه) .

(الشرح) اتفقوا على أنه لا يجوز البيع بثمن إلى أجل مجهول ؛ لمـا ذكره المصنف (وقوله) عوض فى بيع احتراز من الجعل فى الجعالة : فانه يستحقه عند فراغ العمل وهو وقت مجهول ، قال أصـحابنا : فاذا باع

بمؤجل إلى الحصاد أو إلى العطاء لم يصح ، وإن كان إلى وقت استحقاق العطاء وهو معلوم لهما صح ، وابتدأ الأجل من العقد على المذهب ، وقيل : فيه وجهان كابتداء مدة خيار الثلاث (أحدهما) من العقد (والثانى) من التفرق . وسبقت المسألة واضحة فى مسائل خيار الشرط ، وفى الأجل مسائل وفروع كثيرة ، ذكرها المصنف والأصحاب فى كتاب السلم ، وهناك نوضحها إن شاء الله تعالى .

(فرع) قال الرويانى لو باع بثمن مؤجل إلى ألف سنة بطل العقد للعلم بأنه لا يعيش ألف سنة ، قال الرافعى : فعلى هذا الشرط فى صحة الأجل احتمال بقائه إليه (قلت :) الصواب أنه لا يشترط احتمال بقائه إليه ، بل ينتقل إلى وارثه ثم وارثه وهلم جرا ، ولكن لا يصح التأجيل بألف سنة وغيرها مما لا يعتقد بقاء الدنيا إليه .

(فرع) قال أصحابنا : إنما يجوز الأجل إذا كان العوض فى الذمة (فأما) إذا أجل تسليم المبيع أو الثمن المعين بأن قال : اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها فى وقت كذا فالعقد باطل .

(فرع) قال أصحابنا : ولو حل الأجل وأجل المشترى البائع مدة أخرى ، أو زاد فى الأجل قبل حلول الأجل المضروب ، فهو وعد لا يلزم عندنا خلافا لأبى حنيفة ، ووافقنا على أن بدل الإتلاف لا يتأجل بالتأجيل . ولو أوصى من له دين حال على إنسان بإمهاله مدة لزم ورثته إمهاله تلك المدة ، لأن التبرعات بعد الموت تلزم ، وممن ذكره المتولى ، ولو أسقط من عليه دين مؤجل الأجل ، فهل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته فى الحال ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يسقط لأن الأجل صفة تابعة ، والصفة لا تفرد بالإسقاط ، ألا ترى أن مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصحاح لو أسقط صفة الجودة والصحة لم يسقط ؟ .

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى البيع إلى العطاء والحصاد ونحوهما من الآجال المجهولة ، قد ذكرنا أنه لا يصح عندنا ، قال ابن المنذر ، وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة ، وقال مالك وأحمد وأبو ثور : يجوز بثمن إلى الحصاد والدياس والعطاء ونحو ذلك لأنه معروف • قال ابن المنذر ، وروينا ذلك عن ابن عمر قال وقال ابن أبى ليلى : إذا باع إلى العطاء صح ، وكان الثمن حالا قال : وقول ابن عباس أصح •

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجىء الشهر وقدوم الحاج ، لأنه بيع غرر من غير حاجة فلم يجز ، ولا يجوز بيع المنابذة ، وهو ان يقول إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع ، ولا بيع الملامسة وهو أن يمس الثوب بيده ولا ينشره ، وإذا مسه فقد وجب البيع ، لما روى ابو سعيد الخــدرى قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين المنابذة والملامسة » والمنابذة ان يقول : إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع والملامسة ان يمسه بيده ولا ينشره ، فإذا مسه فقد وجب البيع ولأنه إذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب فقد علق البيع على شرط ، وذلك لا يجوز ، وإذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولا وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز •

ولا يجوز بيع الحصى ، وهو أن يقول : بعتك ما وقع عليه الحصى من ثوب او ارض ، لمــا روى ان النبى ﷺ « نهى عن بيع الحصى » ولانه بيع مجهول من غير حاجة فلم يجز ، ولا يجوز بيع حبل الحبلة لمــا روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة » واختلف فى تاويله ، فقال الشافعى رضى الله عنه : هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد الناقة ويلد حملها ، وقال أبو عبيد هو بيع ما يلد حمل الناقة ، فإن كان على ما قال الشافعى رحمه الله فهو بيع بثمن إلى اجل مجهول ، وقد بينا ان ذلك لا يجوز • وإن كان على ما قال ابو عبيد فهو بيع معدوم ومجهول ، وذلك لا يجوز ولا يجوز بيعتان فى بيعة ، لمــا روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين فى بيعة » فيحتمل أن يكون المراد به ان يقول : بعتك هذا بالف نقدا او بألفين نسيئة فلا يجوز للخبر ، ولأنه لم يعقد على ثمن معلوم • ويحتمل أن يكون المراد به ان يقول : بعتك هــذا بألف على أن تبعينى دارك بالف ،

فلا يصح للخبر ، ولانه شرط فى عقد ، وذلك لا يصح فاذا سـقط وجب أن يضاف إلى ثمن السلعة بازاء ما سقط من الشرط وذلك مجهول ، فاذا أضيف إلى الثمن صار مجهولا فبطل) .

(**الشرح**) أما حديث أبى سعيد فرواه البخارى ومسلم مع تفسيره (وأما) حديث النهى عن بيع الحصاة فرواه مسلم فى صحيحه من رواية أبى هريرة (وأما) حديث ابن عمر فى حبل الحبلة فرواه البخارى ومسلم (وأما) حديث أبى هريرة فى النهى عن بيعتين فى بيعة فهو صحيح سبق بيانه قريبا فى الفصل الذى قبل هذا وبسطنا القول فيه (وقوله :) وهو أن يمس هو ــ بفتح الياء والميم ــ ويجوز ضم الميم فى لغة قليلة ، وتنكر على المصنف قوله وروى فى حديث النهى عن بيع الحصاة . فأتى به بصيغة التمريض الموضوعة للضعيف مع أنه حديث صحيح كما أوضحناه .

وقوله : (حبل الحبلة) هو ــ بفتح الباء ــ فيهما ، قال أهل اللغة : الحبلة هنا جمع حابل كظالم وظلمة ، وفاجر وفجرة ، وكاتب وكتبة ، وقال الأخفش يقال : حبلت المرأة فهى حابل ، ونسوة حبلة ، وقال ابن الأنبارى وغيره : الهاء فى الحبلة للمبالغة واتفق أهل اللغـة على أن الحبل مختص بالآدميات ، وإنما يقال فى غيرهن : الحمل ، يقال حملت المرأة ولدا وحبلت بولد ، وحملت الشـاة ــ بالميم ــ وكذا البقرة والنـاقة ونحوها ، قال أبو عبيد : لا يقال لشىء من الحيوان : حبل غير الآدمى إلا ما جاء فى هذا الحديث .

واختلف العلماء فى تفسيره على قولين ذكرهما المصنف فالذى حكاه عن الشـافعى ، وهو تفسير ابن عمر راوى الحديث ثبت ذلك عنـه فى الصحيحين وبه قال مالك وآخرون والذى حكاه عن أبى عبيد ، قاله أيضا أبو عبيـدة معمر بن المثنى شيخ أبى عبيـد ، وقاله أحمد بن حنبـل وإسحق بن راهويه وهو أقرب إلى اللغة ، ولكن المذكور عن الشافعى

وموافقيه أقوى لأنه تفسير الراوى وهو أعرف ، وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع ، لمـا ذكره المصنف واعلم أن أبا عبيد الذى ذكره المصنف هنا فى التنبيه هو بإسقاط الهاء فى آخره وهو القاسم بن سـلام الإمام المشهور فى علوم كثيرة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(وأما) بيع المنابذة ففيه تأويلات (أحدها)أن يجعل نفس النبذ بيعاً قاله الشافعى وغيره ، وهو بيع باطل ، قال الرافعى : قال الأصحاب : ويجىء فيه الخلاف فى المعاطاة فان المنابذة مع قرينة البيع هى نفس المعاطاة (والثانى) أن يقول : بعتك على أنى إذا نبذته إليك انقطع الخيار ، ولزم البيع . وهو بيع باطل (والثالث) أن المراد بنبذ الحصاة الذى سنذكره إن شاء الله تعالى .

(وأما) بيع الملامسة ففيه تأويلات (أحدها) تاويل الشافعى وجمهور الأصحاب ، وهو أن يأتى بثوب مطوى أو فى ظلمة فيلمه المستلم ، فيقول صاحبه : بعتكه بكذا ، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا رأيته (والثانى) أن يجعلا نفس اللمس بيعا ، فيقول إذا لمسته فهو بيع لك (والثالث) أن يبيعه شيئا على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره ، ولزم البيع ، وهذا البيع باطل على التأويلات كلها ، وفى الأول احتمال لإمام الحرمين ، وقال صاحب التقريب : تفريعا على صحة نفى خيار الرؤية قال : وعلى التأويل الثانى له حكم المعاطاة (والمذهب) الجزم ببطـلانه على التأويلات كلها .

(وأما) بيع الحصاة ففيه تأويلات (أحدها) أن يقول بعتك من هذه الأثواب ما تقع عليه الحصاة التى أرميها ، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى حيث تنتهى إليه هذه الحصاة (والثانى) أن يقول بعتكه على أنك بالخيار إلى أن أرمى الحصاة (والثالث) أن يجعلا نفس الرمى بيعا وهو : إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع لك بكذا ؛ والبيع باطل على جميع

التأويلات (وأما) البيعتان فى بيعة ففيه هذان التأويلان اللذان ذكرهما المصنف ، وقد نص الشافعى عليهما فى مختصر المزنى ، وقد قدمناهما مع كلام الأئمة فيه ، وظاهر كلام المصنف يقتضى أن التأويلين لنفسه ، وليس كذلك ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) مختصر ما ذكره المصنف فى هذا الفصل أن لا يجوز بيعتان فى بيعة ، ولا بيع حبل الحبلة ولا بيع الحصاة والمنابذة والملامسة ، ولا تعليق البيع على شرط مستقبل بأن يقول : إذا جاء المطر أو قدم الحاج أو إذا جاء زيد أو إذا غربت الشمس أو ما أشبه هذا فقد بعتكه ، وهذا عقد باطل بلا خلاف للحديث الصحيح فى النهى عن الغرر [1] .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز مبايعة من يعلم أن جميع ماله حرام ، لما روى أبو مسعود البدرى أن النبى ﷺ « نهى عن حلوان الكاهن ومهر البغى » وعن الزهرى « فى امرأة زنت بمال عظيم قال : لا يصلح لمولاها أكله ، لأن النبى ﷺ نهى عن مهر البغى » فإن كان معه حلال وحرام كره مبايعته ، والأخذ منه ، لما روى النعمان بن بشير قال « سمعت رسول الله ﷺ يقول الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات وساضرب لكل فى ذلك مثلا : إن الله تعالى حمى حمى وإن حمى الله حرام ، وإن من يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى » وإن بايعه وأخذ منه جاز ، لأن الظاهر مما فى يده أنه له فلا يحرم الأخذ منه) .

الخلط فى البلد حرام لا ينحصر بحلال لا ينحصر لم يحرم الشراء منـه [2] بل يجوز الأخذ منه إلا أن يقترن بتلك العين علامة تدل على أنها

(١ ، ٢) تنبيه : وجد فى النسخة التى بأيدينا بعد هذا قوله : الخلط فى البلد حرام لا ينحصر الخ . ولما كان الكلام غير مرتبط بما قبله رجعنا الى المتن فوجد أنه قد سقط منه جملة لم تذكر فى الاصل الذى بايدينا وهى من أول قوله : ولا يجوز مبايعة من لم يعلم الخ وتبين أن قوله : الخلط فى البلد حرام يرتبط بها . وقد سقط من أول شرحها الى هنا جملة لم نهتد لها كما أنه لا يعلم ان كان قد سقط فى شرح الأول بعد قوله (نهى عن بيع الغرر شىء أم لا) فليحرر (ش) ام قلت : والعبارة بالتأمل يزول الغموض عنها بهذا المثل : اذا اختلطت أخته بنساء بلد لم يعينها من بين هؤلاء النسوة غير المحصورات جاز أن يتزوج بواحدة منهن ولا يحرم عليه التزوج لوجود أخته بينهن مجهولة غير متعينة وبهذا يزول ما اشكل مشايخنا رحمهم الله . (المطيعى)

من الحرام فان لم يقترن فليس بحرام ، ولكن تركه ورع محبوب ، وكلما كثر الحرام تأكد الورع • ولو اعتلفت الشاة علفا حراما أو رعت فى حشيش حرام لم يحرم لبنها ولحمها ولكن تركه ورع ، لأن اللحم واللبن ليس هو عين العلف ، ولو امتنع من أكل طعام حلال لكونه حمله كافر أو فاسق بالزنا أو بالقتل ونحوه ، لم يكن هـذا ورعا ، بل هو وسـواس وتنطع بذموم •

ولو اشترى طعاما فى الذمة وقضى ثمنه من حرام ــ نظر إن سلم البائع إليه الطعام ، قبل قبض الثمن بطيب قلبه فأكله قبل قضاء الثمن ــ فهو حلال بالإجماع ، ولا يكون تركه ورعا مؤكدا ، ثم إن قضى الثمن بعد الأكل فأداه من الحرام فكأنه لم يقضه ، فيبقى الثمن فى ذمته ، ولا ينقلب ذلك الطعام المـأكول حراما ، فان أبرأه البائع من الثمن مع علمـه بأنه حرام برىء المشترى ، وإن أبرأه ظانا حل الثمن لم تحصل البراءة ، لأنه إنمـا أبرأه براءة استيفاء ، ولا تحصل بذلك الاستيفاء •

وإن لم يسلم إليه بطيب قلبه بل أخذه المشترى قهرا فأكله فالأكل حرام ، سواء أكله قبل توفية الثمن أو بعد توفيته من الحرام ، لأن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن على الصحيح ، فيكون عاصيا بأكله كعصيان الراهن إذا أكل الطعام المرهون بغير إذن المرتهن ، وهو أخف تحريما من أكل المغصوب •

(أما) إذا أوفى الثمن الحرام ثم قبض المبيع ــ فان علم البائع بأن الثمن حرام وأقبض المبيع برضاه سقط حقه من الحبس ، وبقى الثمن له فى الذمة ، ويكون أكل المشترى المبيع حلالا ، وإن لم يعلم البائع كون الثمن حراما ، وكان بحيث لو علم لمـا رضى به ، ولمـا أقبض المبيع لم يسقط حق الحبس بهذا التدليس فالأكل حينئذ حرام كتحريم أكل طعامه المرهون ، والامتناع من الأكل فى هذا ورع منهم •

ولو اشترى سلطان أو غيره شيئا بثمن فى الذمة شراء صحيحا وقبضه برضا البائع قبل توفية الثمن ، ثم وهبه لإنسان ، وكان فى مال المشترى حلال وحرام ، ولم يعلم من أين يوفيه الثمن ؟ لم يحرم على الإنســان الموهوب له ولكن الورع تركه ، ويتأكد الورع أو يخف بحسب كثرة الحرام فى يد المشترى وقلته .

ولو اشترى إنسان شيئا فى الذمة وفَّى[1] ثمنه عنبا لمن عرف باتخاذ الخمر ، أو سيفا لمن عرف بقطع الطريق ، ونحــو ذلك ، كره أكل ذلك المشترى ، ولم يحرم ، ولو حلف لا يلبس غزل زوجته فباعت غزلها ووهبته الثمن لم يكره أكله فان تركه فليس بورع بل وسواس .

ومن الورع المحبوب ترك ما اختلف العلماء فى إباحته اختلافا محتملا ، ويكون الإنسان معتقدا مذهب إمام يبيحه ، ومن أمثلته الصيد والذبيحة إذا لم يسم عليه فهو حلال عند الشافعى ، حرام عند الأكثرين ، والورع لمعتقد مذهب الشافعى ترك أكله .

(وأما) المختلف فيه الذى يكون فى إباحته حديث صحيح بلا معارض، وتأويله ممتنع . أو بعيد ، فلا أثر لخلاف من منعه ، فلا يكون تركه ورعا محبوبا ، فان الخلاف فى هذه الحالة لا يورث شبهة ، وكذلك إذا كان الشىء متفقا عليه ، ولكن دليله خبر آحاد ، فتركه إنســان لكون بعض الناس منع الاحتجاج بخبر الواحد ، فهذا الترك ليس بورع ، بل وسواس، لأن المــانع للعمل بخبر الواحد لا يعتد به ، وما زالت الصحابة فمن بعدهم على العمل بخبر الواحد .

قال : ولو أوصى بمال للفقهاء فالفاضل فى الفقه مدخل فى الوصية ، والمبتدى من شهر ونحوه لا يدخل فيه ، والمتوسط بينهما درجات يجتهد

---

(1) (وفى) فعل ماض مثال فاؤه ولامه حرفا علة وليس هو بحرف الجر المعروف فحرر . (ط)

المفتى فيهما ، والورع لهذا المتوسط ترك الأخذ منها ، وإن أفتاه المفتى فانه داخل فى الوصية ، قال : وكذا الصدقات المصروفة إلى المحتاجين قد يتردد فى حقيقة الحاجة ، وكذا ما يجب من نفقة الأقارب وكسوة الزوجات وكفاية العلماء فى بيت المـال •

(فـرع) قال الغزالى فى الإحياء : إذا قدم لك إنسان طعاما ضيافة ، أو أهداه لك ، أو أردت شراءه منه ، ونحو ذلك ، لم يطلق الورع فإنك تسأل عن حله ، ولا يترك السؤال [بل] قد يجب وقد يحرم ، وقد يندب ، وقد يكره ، وضابطه أن مظنة السؤال هى موضع الريبة ، ولهـا حالان (أحدهما) يتعلق بالمـالك (والثانى) بالملك (أما) الأول فالمـالك ثلاثة أضرب :

(الضرب الأول) أن يكون مجهولا ، وهو من ليس فيه علامة تدل على طيب ماله ولا فساده ، فاذا دخلت قرية فرأيت رجلا لا تعرف من حاله شيئا ، ولا عليه علامة فساد ماله وشبهه ، كهيئة الأجناد ، ولا علامة طيبة كهيئة المتعبدين والتجار ، فهو مجهول ، ولا يقال مشكوك فيه ، لأن الشك عبارة عن اعتقادين متقابلين لهما سببان مختلفان ، قال : وأكثر الفقهـاء لا يدركون الفرق بين ما لا يدرى ، وبين ما يشك فيـه ، فالورع ترك ما لا يدرى ويجوز الشراء من هذا المجهول ، وقبول هديته وضيافته ، ولا يجب السؤال بل لا يجوز ، والحالة هذه ، لأنه إيذاء لصاحب الطعام ، فان أراد الورع فليتركه ، وإن كان لابد من أكله فليأكل ولا يسأل ، فان الإقدام على ترك السؤال أهون من كسر قلب مسلم وإيذائه •

(الضرب الثانى) أن يكون مشكوكا فيه بأن يكون عليه دلالة تدل على عدم تقواه كلباس أهل الظلم وهيئاتهم ، أو ترى منـه فعلا محرما تستدل به على تساهله فى المـال ، فيحتمل أن يقال : يجوز الأخذ منه من غير سؤال ، ولا يحرم الهجوم ، بل السؤال ورع ، ويحتمل أن يقـال :

لا يجوز الهجوم ، ويجب السؤال ، قال : وهو الذى نختاره ونفتى به إذا كانت تلك العلامة تدل على أن أكثر ماله حرام ، فان دلت على أن فيه حراما يسيرا كان السؤال ورعا .

(الضرب الثالث) أن يعلم حاله بممارسة ونحوها بحيث يحصل له ظن فى حل ماله أو تحريمه ، بأن يعرف صلاح الرجل وديانته ، فهنا لا يجب السؤال ولا يجوز ، أو يعرف أنه مراب أو مغن ونحوه ، فيجب السؤال (الحال الثانى) أن يتعلق الشك بالمال ، بأن يختلط حلال بحرام ، كما إذا حصل فى السوق أحمال طعام مغصوب ، واشتراها أهل السوق فلا يجب السؤال على من يشترى من تلك السوق إلا أن يظهر أن أكثر ما فى أيديهم حرام ، فيجب السؤال ، وما لم يكن الأكثر حراما يكون التفتيش ورعا لأن الصحابة رضى الله عنهم لم يمتنعوا من الشراء من الأسواق ، وكانوا لا يسألون فى كل عقد ، وإنما نقل السؤال عن بعضهم فى بعض الأحوال لريبة كانت .

(فرع) قال الغزالى فى الإحياء : لو كان فى يد ناظر الأوقاف أو الوصايا مالان ، أحدهما لموصوفين بصفة ، والآخر لموصوفين بصفة أخرى ، فأراد إنسان فيه صفة أحدهما دون الآخر أن يأخذ من الناظر شيئا ، فان كانت تلك الصفة ظاهرة يعرفها المتولى وهو ظاهر العدالة ، جاز الأخذ من غير سؤال ، وإن كانت الصفة خفية أو عرف من حال المتولى التساهل ، وأنه لا يبالى بخلط المالين ، وجب السؤال ، إنه ليس هنا علامة ولا استصحاب يعتمد .

(فرع) قال : ويجوز أن يشترى دارا من دور البلد ، وإن علم أن فيه دورا مغصوبة لأن ذلك اختلاط بغير محصور ، والسؤال هنا ورع واحتياط ، ولو كان فى البلد عشر دور فيها واحدة مغصوبة ، أو وقف ولا يعرفها ، وجب السؤال لأنه محصور . ولو كان فى البلد مدارس أو

رباطات ، خصص بعضها بالمنسوبين إلى مذهب معين ، لم يجز أن يسكن فى شىء منها ، ولا يأكل من وقفها حتى يسأل ويتبين الصواب •

(فـرع) قال : حيث قلنا : السؤال ورع فليس له أن يسأل صاحب الطعـام والمـال ، لأن ذلك يغيظـه فلا يرتكب إيذاء مسلم لتحصيل أمر مندوب قال : وإنما أوجبنا السؤال إذا كان الأكثر حراما ، وعند ذلك لا نبالى بغيظه فان الظالم يؤذى بأكثر من هذا ، قال الحارث المحاسبى : لو كان له أخ أو صديق يأمن غيظه لو سأله فينبغى أن لا يسأله أيضـا للورع ، لأنه ربما ظهر منه شىء كان مستورا يؤدى إلى البغضاء ، قال الغزالى : وهذا حسن • قال : (فان قيل)لا فائدة فى سؤال من بعض ماله حرام (فالجواب) أنه متى كان فى مال الإنسان حرام مختلط ، فأردت مبايعته أو الأكل من ضيافته أو هديته أو نحـو ذلك ، لم يكف سؤاله ولا فائدة فيه ، وإنما يسأل غيره ، وإنما ينفع سؤال صاحب اليد إذا كان ثقة غير متهم ، كمتـولى الأوقاف[1] من أى جهة هذا المـال ؟ وكمـا سأل النبى ﷺ عن الذى أتى به هل هو هدية أم صدقة ؟ فان ذلك لا يؤذى المسئول ، ولا يتهم فيه •

وله سؤال خادمه وعبده الثقة ، ومتى سأل فأخبره ثقة اعتمده ، فان أخبره فاسق وعلم بقرينة الحال أنه لا يكذب من حيث إنه لا غرض له جاز له قبوله ، لأن المطلوب من السؤال ثقة النفس ، وقد تحصل بقول الفاسق ، فإن أخبره صبى مميز معروف بالتثبت جاز قبوله ، ومتى وجب السؤال فتعارض قول عدلين أو فاسقين سقطا ويجوز أن يرجح بقلبه أحدهما ، وبكثرة المخبرين وبمعرفتهم •

(فـرع) قال الغزالى : لو نهب متاع مخصوص فصادف من ذلك

(١) كذا بالأصل (ش) ولعل سقطا قد وقع تقديره (حيث يقال له) •   (ط)

النوع شيئا يباع واحتمل أن يكون من المنهوب ، فان كان ذلك فى يد من عرف بالصلاح جاز شراؤه ، وكان تركه ورعا ، وإن كان رجلا مجهولا — فان كان ذلك النوع كثيرا فى البلد من غير المنهوب — جاز الشراء منه ، وإن كان لا يوجد هناك غير المنهوب إلا نادرا فليس هنا دليل للحل سوى اليد ، وقد عارضها علامة خاصة ، وهى شكل المتاع المنهوب ، فالامتناع من شرائه ورع منهم ، وفى تحريمه نظر .

(فرع) قال الغزالى : خادم الصوفية إذا خرج إلى السوق والبيوت وجمع طعاما وغيره ، ثم قدمه للصوفية حل لهم أكله ، ويحل لغيرهم الأكل منه برضاء الخادم ، ولا يحل بغير رضاه ، وهكذا لو كان للرجل عيال وأعطى له الناس شيئا بسبب عياله ، يكون ذلك ملكا للرجل لا للعيال ، وله أن يطعم منه غير العيال ، وكذا ما يعطاه الخادم يقع ملكا له وإنما يطعم الصوفية وفاء بالمروءة .

(فرع) قال الغزالى : الوقف على الصوفية لغيرهم أن يأكل معهم منه برضاهم ، وإنما يأكل مرة أو مرتين ونحوهما لأن معنى الوقف على الصوفية الصرف إلى مصالحهم ، ومبنى الأطعمة على المسامحة ، ولا يجوز لمن لم يكن صوفيا الأكل معهم من الوقف على الدوام ، وإن رضوا ، لأنه ليس لهم تغيير شرط الواقف بمشاركة غير جنسهم (وأما) الفقيه إذا كان على زيهم وأخلاقهم فله النزول عليهم ، أو كونه صوفيا ، وليس الجهل[1] شرطا للتصوف . قال : ولا يلتفت إلى حركات بعض الحمقى ، وقولهم : العلم حجاب ، بل الجهل هو الحجاب وكذا العلم المذموم .

(فرع) قال الغزالى : قد يعطى الإنسان غيره المال تبرعا لكونه محتاجا وقد يعطيه لنسبه أو صلاحه أو نحو ذلك ، فان علم الآخذ أنه

---

(1) يبدو أن أكثر الصوفية على عهد الغزالى كانت تغلب عليهم مسحة الجهل ولذلك سجل هذه الملاحظة اللطيفة فى قوله : وليس الجهل شرطا للتصوف . (المطيعى)

يعطيه لحاجته ، لم يحل له أخذه إن لم يكن محتاجا ، وإن علم أنه يعطيه لشرف نسبه لم يحل له أخذه إن كان حادثا فى النسب ، وإن أعطاه لعلمه لم يحل له أخذه إلا أن يكون فى العلم كما يعتقده المعطى وإن أعطاه لدينه وصلاحه لم يحل له الأخذ إن كان فاسقا فى الباطن فسقا لو علمه المعطى لمـا أعطاه .

(فـرع) قال الغزالى : الأرض المغصوبة إذا جعلت شارعا لم يجز المرور فيها ، فان لم يكن لها مالك معين جاز ، والورع اجتنابه إن أمكن العدول عنها فان كانت الأرض وعليها ساباط مغصوب الأخشاب ونحوها جاز المرور تحته ، فان قعد تحته لدفع حر أو برد أو مطر ونحوه فهو حرام لأن السقف لا يراد إلا لهذا ، قال : وكذا لو كانت أرض المسجد مباحة وسقف بحرام جاز المرور فيه ولا يجوز الجلوس لدفع حر أو برد ونحو ذلك ، لأنه انتفاع بالحرام ، هذا كلام الغزالى ، وفى قوله نظر ، والمختار أنه لا يحرم القعود فى هاتين الصورتين وهو من باب الانتفاع بضوء سراج غيره والنظر فى مرآته من غير أن يستولى عليهما وهما جائزان بلا خلاف .

(فـرع) قال الغزالى : المواضع التى بناها الظلمة كالقناطر والربط والمساجد والسقايات ينبغى أن يحتاط فيها (أما) القناطر فيجوز العبور عليها للحاجة والورع اجتنابه ، وإنمـا جوزنا العبور ، وإن وجد عنهـا معدلا ، لأن تلك الآلات إذا لم يعرف لها مالك كان حكمها أن ترصـد للمصالح وهذا منها ، وإذا عرف أن الأحجار واللبن مغصوبة من إنسان أو من مسجد أو مقبرة ونحوها فانه يحرم العبور عليها إلا لضرورة يحل بها ذلك من مال الغير ثم يجب الاستحلال من المـالك الذى يعرفه .

(وأما) المسجد فان بنى من أرض مغصوبة أو خشب مغصوب من مسجد آخر أو ملك إنسان معين فيحرم دخوله لصلاة الجمعة وغيرها ، وإن كان من مال لا يعرف مالكه فالورع العدول إلى مسجد آخر ، فان

لم يجد لم يترك الجمعة والجماعة ، لأنه يحتمل أنه بناه بماله ويحتمل أنه ليس له مالك معروف ، فيكون للمصالح .

(وأما) السقايات فحكمها ما ذكرناه فالورع ترك الوضوء والشرب منها وترك دخولها إلا أن يخاف فوات وقت الصلاة .

(وأما) الرباط والمدرسة فان كانت أرضها مغصوبة أو الأكناف كاللبن والحجارة وأمكن ردها إلى مالكها لم يجز دخولها وإن اشتبه فله دخولها والمكث فيها والورع تركه . قال الغزالى : إذا أمر السلطان بدفع شىء من خزانته لإنسان يستحق فى بيت المال شيئا ، وعلم أن الخزانة فيها الحلال والحرام ، كما هو الغالب فى هذه الأزمان والحلال فى أيدى سلاطين هذه الأزمان عزيز أو معدوم[1] وإذا كان محتملا كونه من الحلال أو كونه من الحرام فقد قال قوم : يجوز أخذه ما لم يتيقن أنه حرام ، وقال آخرون : لا يجوز حتى يتحقق أنه حلال ، قال : وكلاهما إسراف والأعدل أنه إن كان الأكثر حراما حرم ، وإن كان حلالا ففيه توقف ، هذا كلام الغزالى .

وهو جار على اختياره أنه إذا كان المختلط أكثره حراما حرم الأخذ منه ، وقد قدمنا أن المشهور أنه مكروه وليس بحرام ، وهكذا مثال خزانة السلطان يكون مكروها قال الغزالى : واحتج من جوزه بأن جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أخذوا من السلاطين الظلمة ، ونوابهم الظلمة ، منهم أبو هريرة وأبو سعيد الخدرى وأبو أيوب وزيد بن ثابت وجرير بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وأنس والمسور بن مخرمة والحسن البصرى والشعبى وإبراهيم النخعى وابن أبى ليلى والشافعى وأخذ ابن عمر من الحجاج ، والشافعى من هارون الرشيد ، وأخذ مالك من الخلفاء أموالا كثيرة ، وإنما ترك من ترك منهم الأخذ تورعا . وعن

---

(١) كذا بالأصل والسقط (فلا يجوز له أخذه) . (المطيعى)

ابن عمر أنه قبل هدية المختار بن أبى عبيد ، وزعمت هذه الفرقة أن ما نقل من امتناع جماعة لا يدل على التحريم ، وكما أن الخلفاء الراشدين وأبا ذر وآخرين من الزهاد ، تركوا الحلال المطلق ، الذى لا شبهة فيه زهدا .

قال الغزالى : والجواب عن هذا أنه قليل محصور بالإضافة إلى ما نقل من ردهم وإنكارهم ، أو يحمل على أنهم تحققوا أن ذلك القدر المصروف إليهم من جهة حلال ، فحينئذ يكون المدفوع إليهم حلالا ولا يضرهم كون يد السلطان مشتملة على حرام منفصل عن هذا ، أو يحمل على أنهم أخذوه وصرفوه فى مصارف بيت المال ، وقد قال جماعة منهم : أخذنا له كله وصرفنا إياه فى المحتاجين خير من تركه فى يد السلطان ، ولهذا قال ابن المبارك : إن الذين يأخذون اليوم الجوائز ويحتجون بابن عمر وعائشة ، لا يقتدون بهما ، لأن ابن عمر فرق ما أخذ حتى استقرض فى مجلسه بعد أن فرق ستين ألفا ، وكذا فعلت عائشة رضى الله عنهما وكذا فعل الشافعى ، أخذ من هارون الرشيد وفرقه فى الحال ، فلم يدخر منه حبة ، ومع هذا فان الأموال فى زمن الخلفاء الأوائل بعد الراشدين كان ما عند السلطان منها غالبه حلال ، بخلاف الأموال التى فى أيدى السلاطين فى هذه الأزمان ، فان معظمها حرام ، والحلال فيها قليل جدا .

(فرع) قال الغزالى : مال المصالح لا يجوز صرفه إلا لمن فيه مصلحة عامة ، أو هو محتاج عاجز عن الكسب مثل من يتولى أمرا تتعدى مصلحته إلى المسلمين ، ولو اشتغل بالكسب لتعطل عليه ما هو فيه ، فله فى بيت المال كفايته ، فيدخل فيه جميع أنواع علماء الدين ، كعلم التفسير والحديث والفقه والقراءة ونحوها ، ويدخل فيه طلبة هذه العلوم والقضاة والمؤذنون والأجناد ويجوز أن يعطى هؤلاء مع الغنى ، ويكون قدر العطاء إلى رأى السلطان ، وما تقتضيه المصلحة ، ويختلف بضيق المال وسعته .

(فـرع) قال الغزالى : لو لم يدفع السلطان إلى كل المستحقين حقوقهم من بيت المـال ، فهل يجوز لأحدهم أخذ شيء من بيت المـال؟ قال : فيه أربعة مذاهب (أحدها) لا يجوز أخذ شيء أصلا ولا حبة ، لأنه مشترك ولا يدرى حصته منه حبة أو دانق أو غيرهما ، فهذا غلو (والثانى) يأخذ كل يوم قوت يومه فقط (والثالث) يأخذ كفايته سنة (والرابع) يأخذ ما يعطى وهو حصته ، والباقون يظلمون ، قال الغزالى : وهذا هو القياس لأن المـال ليس مشتركا بين المسلمين كالغنيمة بين الغانمين ، والميراث بين الورثة ، لأن ذلك ملك لهم حتى لو ماتوا قسم بين ورثتهم ، وهنـا لو مات لم يستحق وارثه إرث شيء ، وهذا إذا صرف إليه ما يليق صرفه إليـه •

(فـرع) قال الغزالى : إذا بعث السلطان إلى إنسـان مالا ليفرقه على المساكين فان عرف أن ذلك المـال مغصوب لإنسان بعينه : لم يجز له أخذه وتفرقته ، لكن يكره ذلك إن قارنته مفسدة بحيث يغتر به جهال ويعتقدون طيب أموال السلطان ، أو يجب بقاء ذلك السلطان مع ظلمه : قال : وينبغى أن يتجنب معاملة السلطان وعلمائه وأعوانه وعمالهم •

(فـرع) قال الغزالى : الأسواق التى بنـاها السلاطين بالأموال الحرام تحرم التجارة فيها وسكناها ، فان سكنها بأجرة وكسب شيئا بطريق شرعى كان عاصيا بسكناه ، ولا يحرم كسبه ، وللناس أن يشتروا منه ، ولكن إن وجدوا سوقا أخرى فالشراء منها أولى لأن الشراء من الأولى إعانة لسكانها وترغيب فى سكناها ، وكثرة أجرتها ، والله سبحانه وتعالى أعـلم •

(فـرع) قال الغزالى : لو كان فى يده مال مغصوب من النـاس معين ، فاختلط بماله ، ولم يتميز ، وأراد التوبة ، فطريقه أن يتراضى هو وصاحب المغصوب بالقسمة ، فان امتنع المغصوب منه من ذلك رفع التائب

الأمر إلى القاضي ليقبض عنه ، فان لم يجد قاضيا حكم رجلا متدينا لقبض ذلك ، فان عجز تولى هو بنفسه ذلك ، ويعزل قدر ذلك فيه الصرف إلى المغصوب منه سواء كان دراهم أو حبا أو دهنا أو غيره من نحو ذلك ، فاذا فعل ذلك حل له الباقي ، فلو أراد أن يأكل من ذلك المختلط وينفق منه قبل تمييز قدر المغصوب فقد قال قائلون : يجوز ذلك ما دام قدر المغصوب باقيا ولا يجوز أخذ الجميع ، وقال آخرون : لا يجوز له أخذ شيء منه حتى يميز قدر المغصوب بنية الإبدال والتوبة .

(فرع) من ورث مالا ولم يعلم من أين كسبه مورثه ، أمن حلال أم من حرام ؟ ولم تكن علامة ، فهو حلال باجماع العلماء ، فان علم أن فيه حراما وشك في قدره أخرج قدر الحرام بالاجتهاد .

(فرع) قال الغزالي : إذا كان معه مال حرام وأراد التوبة والبراءة منه — فان كان له مالك معين — وجب صرفه إليه أو إلى وكيله ، فان كان ميتا وجب دفعه إلى وارثه ، وإن كان لمالك لا يعرفه ويئس من معرفته فينبغي أن يصرفه في مصالح المسلمين العامة ، كالقناطر والربط والمساجد ومصالح طريق مكة ، ونحو ذلك مما يشترك المسلمون فيه ، وإلا فيتصدق به على فقير أو فقراء ، وينبغي أن يتولى ذلك القاضي إن كان عفيفا فان لم يكن عفيفا لم يجز التسليم إليه ، فان سلمه إليه صار المسلم ضامنا ، بل ينبغي أن يحكم رجلا من أهل البلد دينا عالما فان التحكيم أولى من الانفراد ، فان عجز عن ذلك تولاه بنفسه ، فان المقصود هو الصرف إلى هذه الجهة ، وإذا دفعه إلى الفقير لا يكون حراما على الفقير ، بل يكون حلالا طيبا ، وله أن يتصدق به على نفسه وعياله إذا كان فقيرا ، لأن عياله إذا كانوا فقراء فالوصف موجود فيهم ، بل هم أولى من يتصدق عليه ، وله هو أن يأخذ منه قدر حاجته لأنه أيضا فقير .

وهذا الذى قاله الغزالى فى هذا الفرع ذكره آخرون من الأصحاب ، وهو كما قالوه ، ونقله الغزالى أيضا عن معاوية بن أبى سفيان وغيره من السلف ، عن أحمد بن حنبل والحارث المحاسبى وغيرهما من أهل الورع ، لأنه لا يجوز إتلاف هذا المال ورميه فى البحر ، فلم يبق إلا صرفه فى مصالح المسلمين ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فرع) قال الغزالى : إذا وقع فى يده مال حرام من يد السلطان قال قوم : يرده إلى السلطان ، فهو أعلم بما يملك ، ولا يتصدق به ، واختار الحارث المحاسبى هذا وقال آخرون : يتصدق به إذا علم أن السلطان لا يرده إلى المالك لأن رده إلى السلطان تكثير للظلم ، قال الغزالى : والمختار أنه إن علم أنه لا يرده على مالكه فيتصدق به عن مالكه •

(قلت :) المختار أنه إن علم أن السلطان يصرفه فى مصرف باطل أو ظن ذلك ظنا ظاهرا لزمه هو أن يصرفه فى مصالح المسلمين مثل القناطر وغيرها فان عجز عن ذلك أو شق عليه لخوف أو غيره ، تصدق به على الأحوج ، فالأحوج ، وأهم المحتاجين ضعاف أجناد المسلمين وإن لم يظن صرف السلطان إياه فى باطل فليعطه إليه أو إلى نائبه إن أمكنه ذلك من غير ضرر ، لأن السلطان أعرف بالمصالح العامة وأقدر عليها • فان خاف من الصرف إليه ضررا صرفه هو فى المصارف التى ذكرناها فيما إذا ظن أنه يصرفه فى باطل •

(فرع) قال الغزالى : إذا كان فى يده مال بعضه حلال وبعضه فيه شبهة ، وله عيال ، ولا يفضل عن حاجته ، فليخص نفسه بالحلال ، ثم بمن يعول ، وإذا ترددت حاجة نفسه بين القوت واللباس وبين غيرهما ، كأجرة الحجام والصباغ والقصار والحمال ، ودهن السراج وعمارة المنزل ، وتعهد الدابة وثمن الحطب ، ونحو ذلك فليخص بالحلال قوته ولباسه ، فان

تعارضا فيحتمل أن يخص القوت بالحلال ، لأنه يمتزج بلحمه ودمه ، ولأكل الحرام والشبهة أثر فى قساوة القلب (وأما) الكسوة ففائدتها دفع الحر والبرد ، والستر عن الأعين ، وذلك يحصل ، وقال المحاسبى ، يخص الكسوة بالحلال لأنها تبقى مدة ، وهذا يحتمل أيضا ، ولكن الأول أظهر •

(فرع) قال الغزالى : الحرام الذى فى يده حيث قلنا : يتصدق به كما سبق فيتصدق به على الفقراء أو يوسع عليهم ، وإذا أنفق على نفسه حيث جوزناه فليضيق ما أمكنه ، وما أنفق على عياله فليقتصد ، ولكن بين التوسعة والتضييق فان ضافه إنسان — فان كان فقيرا — وسع عليه ، وإن كان غنيا لم يطعمه شيئا أصلا منه ، إلا أن يكون فى برية أو نحوها ، بحيث لا يجد شيئا فيطعمه ، فانه حينئذ فى معنى الفقير ، فان عرف من حال الفقير أنه لو علم ذلك المال لتورع عنه ، أحضر الطعام وأخبره بالحال ليكون قد جمع بين حق الضيافة وترك الخداع ، ولا يكتفى بأن ذلك الفقير لا يدرى لأن الحرام إذا حصل فى المعدة أثر فى قساوة[1] القلب وإن لم يعرف آكله •

(فرع) قال الغزالى : إذا كان الحرام أو الشبهة فى يد أبيه أو أمه ، فليمتنع من مؤاكلتهما ، فان كرها امتناعه لم يوافقهما على الحرام ، فلا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، بل ينهاهما ، وإن كان ذلك شبهة يريد تركه للورع فقد عارضه طلب رضاهما وهو واجب ، فليتلطف فى الامتناع ، فان عجز فليأكل وليقلل من ذلك ، وليصغر اللقمة ويطيل المضغة ، ولا يتوسع منه ، قال : والأخت والأخ قريب من الأب والأم ، فان حقهما مؤكد ، قال : وكذلك إذا ألبسته أمه ثوبا من شبهة ، وكانت تسخط لو رده ، فليقبله وليلبسه بين يديها ، وينزعه إذا غاب عنها ويجتهد أن لا يصلى فيه إلا بحضرتها •

---

(1) هذا مشاهد بالحس فان الذين لا يبالون بمصادر أرزاقهم عندهم جراة على تحصيل المال من غير وجهه وانفاقه فى غير وجهه . (المطيعى)

(فــرع) قال الغزالى إذا لم يكن فى يده إلا مال حرام محض فلا حج عليه ولا زكاة ولا تلزمه كفارة مالية ، فان كان مال شــبهة فليس بحرام محض ، لزمه الحج إن أبقاه فى يده ، لأنه محكوم بأنه ملــكه ، وكذا الباقى .

(فــرع) قال الغــزالى : إذا كان فى يده مال حرام لا يعــرف له صاحب ، وجوزنا إنفاقه على نفسه للحاجة كما سبق تفصيله ، فأراد أن يتطوع بالحج ، فان كان ماشيا جاز ، وإن كان يحتاج إلى مركوب لم يجز ، لأنا جوزنا له الأكل للحاجة ، ولا نجوز ما لا ضرورة إليه كما لا يجوز له شراء المركوب فى البلد من هذا المــال .

(فــرع) قال الغزالى : من خرج إلى الحج بمال فيه شبهة فليجتهد أن يكون قوته فى جميع طريقه من حلال ، فان عجز فليكن من حين الإحرام إلى التحليل وليجتهد فى الحلال فى يوم عرفة ، والله سبحانه أعلم . وهذا آخر الفروع التى انتخبتها من إحياء علوم الدين وبالله التوفيق .

(فــرع) قال ابن المنذر : اختلفوا فى مبايعة من يخالط ماله حرام ، وقبول هديته وجائزته ، فرخص فيه الحسن ومكحول والزهرى والشافعى ، قال الشافعى : ولا أحب ذلك ، وكره ذلك طائفة ، قال : وكان ممن لا يقبل ذلك ابن المسيب والقاسم بن محمد وبشر بن سعيد والثورى ومحمد بن واسع وابن المبارك وأحمد بن حنبل رضى الله عنهم أجمعين .

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والتمــر ممن يعمل النبيذ ، وبيع السلاح ممن يعصى الله تعالى به ، لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية فإن باع منه صح البيع ، لأنه قد لا يتخذ الخمر ولا يعصى الله سبحانه وتعالى بالسلاح) .

(الشرح) قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : أكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والسيف ممن يعصى الله تعالى به ، ولا أنقض هذا البيع ، هذا نصه قال أصحابنا : يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر ، والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ ، والسلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح ، فان تحقق اتخاذه لذلك خمرا ونبيذا وأنه يعصى بهذا السلاح ، ففى تحريمه وجهان حكاهما ابن الصباغ والمتولى والبغوى فى شرح المختصر والرويانى وغيرهم (أحدهما) نقله الرويانى والمتولى عن أكثر الأصحاب : يكره كراهة شديدة ، ولا يحرم (وأصحهما) يحرم وبه قطع الشيخ أبو حامد والغزالى فى الإحياء وغيرهما من الأصحاب فلو باعة صح على الوجهين ، وإن كان مرتكبا للكراهة أو التحريم ، قال الغزالى فى الإحياء وبيع الغلمان المرد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمار ، قال : وكذا كل تصرف يفضى إلى معصية .

(فرع) ذكرنا أن بيع السلاح لمن عرف عصيانه بالسلاح مكروه ، قال أصحابنا : يدخل فى ذلك قاطع الطريق والبغاة (وأما) بيع السلاح لأهل الحرب فحرام بالإجماع ، ولو باعهم إياه لم ينعقد البيع على المذهب الصحيح ، وبه قطع جماهير الأصحاب فى الطريقتين ، ونقله إمام الحرمين والغزالى عن الأصحاب وحكينا وجها لهما والماوردى والشاشى والرويانى شاذا أنه يصح مع أنه حرام ، قال الغزالى : هذا الوجه منقاس ، ولكنه غير مشهور . واحتجوا للمذهب بأنهم يعدون السلاح لقتالنا ، فالتسليم إليهم معصية ، فيصير بائعا ما يعجز عن تسليمه شرعا ، فلا ينعقد ، قال الماوردى والرويانى : هذان الوجهان مخرجان من قول الشافعى فى صحة بيع العبد المسلم الكافر قال الرويانى : فان صححناه أمر بإزالة الملك فيه ، كما فى شرائه العبد المسلم ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(وأما) بيع السلاح لأهل الذمة فى دار الإسلام ففيه طريقان (أحدهما)

وبه قطع إمام الحرمين والجمهور صحته ، لأنهم فى أيدينا فهو كمبيعه لمسلم (والثانى) فى صحته وجهان ، حكاهما المتولى والبغوى فى كتابيه التهذيب وشرح المختصر والرويانى وغيرهم (وأما) بيع الحديد لأهل الحرب فاتفق الأصحاب على صحته ، لأنه لا يتعين لاستعماله فى السلاح. وقد يستعملونه فى آلات المهنة كالمساحى وغيرها ، وممن صحح المسألة وجزم بهـا إمام الحرمين والبغوى فى كتابيه وآخرون ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ولا يجوز بيع المصحف ولا العبد المسلم من الكافر ، لانه يعرض العبد للصـغار والمصحف للابتذال ، فإن باعه منه ففيه قولان (احدهما) ان البيع باطل ، لانه عقد منع منه لحرمة الإسلام فلم يصح ، كتزويج المسلمة من الكافر (والثانى) يصح لانه سبب يملك به العبد الكافر ، فجاز ان يملك به العبد المسلم كالإرث (فإن قلنا) بهذا أمرناه بإزالة ملـكه ، لأن فى تركه فى ملـكه صغارا على الإسلام فإن باعه أو أعتقه جاز ، وإن كاتبه ففيه قولان (احدهما) يقبل منه ، لأن بالكتابة يصير كالخارج من ملـكه فى التصرفات (والثانى) لا يقبل لانه عقد لا يزيل الملك فلا يقبل منه كالتزويج والإجارة ، فإن ابتـاع الكافر أباه المسلم ففيه طريقان (أحدهما) انه على القولين (والثانى) انه يصح قولا واحـدا لانه يحصل له من الكمال بالحرية اكثر مما يلحقه من الصغار بالرق) .

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله : يتصور ملك الكافر عبـدا مسلما وجارية مسلمة فى صور :

(منها) أن يسلم عبده أو أمته فلا يزول ملكه بنفس الإسـلام بلا خلاف ، لكن يؤمر بإزالة الملك .

(ومنها) لو أسلم عبده فمات السيد قبل أن يزيل ملكه عنه وورثه أقاربه الكفار فقد دخل فى ملكهم هذا العبد المسلم بلا خلاف ، ويؤمرون بإزالة الملك كما ذكرنا .

(وأما) إذا اشترى الكافر عبدا مسلما من مسلم أو غيره ، فهـذا البيع حرام بلا خلاف ، وفى صـحته قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، وقد صرح المصنف بأن القولين إنما هما فى صحة البيع ، وإنما التحريم [1] بلا خلاف ، وكذا صرح به الدارمى والأصحاب ، ونقل الرويانى فى البحر اتفاق الأصحاب عليـه ، وإنمـا الخلاف فى صحة البيع ، قال أصحابنا القول ببطلان البيع هو نصـه فى الإملاء ، والقول بصحته هو نصه فى الأم وغيره ، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه والرويانى فى البحر : القول بالصحة هو نصه فى عامة كتبه .

واختلفوا فى الأصح من القولين فصحح الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، وصاحب البيان ، القول بالصحة ، وصحح الجمهور قول البطلان ، وهو الصحيح ، ممن صححه المصنف فى التنبيه والجرجانى فى التحرير والبغوى والغزالى وصاحب الانتصار والرافعى وآخرون . قال أصحابنا : ويجرى القولان فى تملكه العبد المسلم بالسلم والهبة والوصية ونحوها ، والأصح أنه لا يملك فى الجميع ، قال المتولى والرويانى : القولان فى الوصية إنما هما إذا قلنا يملك بالقبول (وإن قلنا) بالموت ملك بلا خلاف كالإرث .

(أما) إذا اشترى الكافر مصحفا ففيه طريقان مشهوران (أحدهما) وبه قطع المصنف وجماعة أنه على القولين كالعبد (أصحهما) أنه لا يصح البيع (والثانى) يصح (والطريق الثانى) القطع بأنه لا يصح البيع ، وقطع به جماعة وصححه آخرون ، والخلاف إنما هو فى صحة البيع ، ولا خلاف أنه حرام . وفرق الأصحاب بين المصحف والعبد على الطريق السابق بأن المصحف لا يدفع عن نفسه الامتهان والابتذال بخـلاف العبد ، واتفق

---

(١) وذلك بناء على القاعدة الاصولية عند الشافعية والمالكية وأصحاب أبى حنيفة ان ملابسة الحرام للفعل الجائز أو الواجب لا يبطله كمن صلى فى ثوب مغصوب أو حج بمال حرام أو توضأ بماء فى زق سرقه مملوءا ، وقال أحمد : أن ملابسة الحرام للفعل يبطله فى كل هذه الصور . (المطيعى)

الأصحاب على أن بيع كتب حديث النبي ﷺ له حكم بيع المصحف فى هذا فيحرم بيعها لكافر وفى صحته الطريقان •

قال أصحابنا : وحكم كتب الفقه التى فيها آثار السلف حكم المصحف فى هذا هو الصحيح المشهور وشذ الماوردى عن الأصحاب فقال : بيع كتب الحديث والفقه للكافر صحيح وفى أمره بإزالة ملكه عنه وجهان (والمذهب الأول) قال أصحابنا و [لا [1]] يملك الكافر المصحف وكتب الحديث والفقه بالإرث بلا خلاف إلا على الوجه الشاذ الذى حكيناه عن الماوردى فى الحديث والفقه وهو وجه باطل •

(فـرع) إذا اشترى الكافر من يعتق عليه كأبيه وابنه وأمه وجدته ، فطريقان مشهوران ، ذكرهما المصنف والأصحاب بدليلهما (أحدهما) على القولين (وأصحهما) الصحة قطعا ، قال أصحابنا : ويجرى هذا الخلاف فى كل شراء يستعقب عتقا كقول الكافر لمسلم : أعتق عبدك المسلم عني بعوض أو بغير عوض ، فيجيبه إلى ذلك وكذا لو أقر الكافر بحرية عبد مسلم فى يد غيره ثم اشتراه (والمذهب) الصحة فى الجميع ورتب إمام الحرمين الخلاف فى هاتين الصورتين على الخلاف فى شراء القريب ، وقال : الصورة الأولى أولى بالصحة من مسلم القريب ، لأن الملك فيها ضمنى ، والثانية أولى بالمنع ، لأن العتق فيها وإن حكم به فهو ظاهر غير محقق ، بخلاف القريب (أما) إذا اشترى الكافر عبدا مسلما بشرط الإعتاق ، وصححنا الشراء بهذا الشرط وهو المذهب فطريقان حكاهما المتولى والرويانى وآخرون (المذهب) أنه كما لو اشتراه مطلقا لأن العتق لا يحصل بنفس الشراء (والثانى) أنه كشراء القريب ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

---

(1) فى جميع النسخ والطبعات السابقة ويملك ، ولكنك بالتأمل ترى أن مذهب التملك والبيع ويتبعه الارث باللزوم مذهب الماوردى وقد وصفه النووى بالشذوذ فيكون مذهب جمهور الأصحاب عدم التملك فليتأمل — ولذا قدمناها بإثبات لا النافية • المطيعى •

(فــرع) لو اشترى الكافر كافرا فأسلم قبل قبضه ، فهل يبطل بيعه ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم ، كمن اشترى عصيرا فتخمر قبل قبضه (وأصحهما) لا ، كمن اشترى عبدا فأبق قبل قبضه ، وممن ذكر المسألة بدليلها إمام الحرمين والغزالي والمتولي والروياني والرافعي وغيرهم ، قالوا : (فان قلنا :) لا يبطل ، فهل يقبضه المشتري ؟ أم ينصب القاضي من يقبضه عنه بأمره بازالة الملك ؟ فيه وجهان ، وقطع القفال في فتاويه بأنه لا يبطل ، ويقبضه القاضي عنه ، وهذا هو الأصح ، وصححه الرافعي ، ورجحه إمام الحرمين وغيره ، قال الإمام : فعلى هذا يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع ، لأن تعذر استمرار الملك فيه ، ودوام اليد عليه ، ليس بأقل من إباق العبد ، قال الإمام ، ولا وجه للانفساخ ، إذا كان البائع كافرا أيضا ، لأنه ينقلب من كافر إلى كافر ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فــرع) لو وكل الكافر مسلما ليشتري له عبدا مسلما ، لم يصح التوكيل ولا الشراء له بلا خلاف ــ إذا قلنا : لا يصح شراء الكافر بنفسه ــ ولو وكل مسلم كافرا ليشتري له عبدا مسلما ، فان سمى الموكل في الشراء صح قطعا ، وإلا فوجهان مبنيان على الوجهين في أن العقــد يقع أولا للموكل ؟ أم للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ؟ (أصحهما) للموكل ، فيصح هنا (والثاني) للوكيل ، فلا يصح ، وممن ذكر الفــرع إمام الحرمين وآخرون .

(فــرع) لو اشترى الكافر مرتدا وقلنا : لا يصح شراؤه مسلما ، ففي صحة شرائه المرتد وجهان ، حكاهما إمام الحرمين وآخرون (الأصح) لا يصح له لبقاء علقة الإسلام ، قال الإمام : هما مبنيان على الخلاف فيما إذا قتل المرتد ذميا هل يقتل به ؟ .

(فــرع) لو كان للكافر عبد مسلم ورثه ، أو أسلم عنده ، فباعه بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا فهل له رد الثوب بالعيب واسترداد العبد ؟

فيه ثلاثة أوجه (أصحها) له ذلك ، ثم يؤمر بازالة الملك فى العبد (والثانى) ليس له ذلك ، كيلا يدخل المسلم فى ملكه باختياره (والثالث) يرد الثوب ولا يرجع فى العبد ، بل يسترد قيمته ويصير كالتالف ، وممن ذكر الخلاف فى رد الثوب إمام الحرمين والغزالى ، فالصواب القطع بجواز رد الثوب ، وبه جزم البغوى والمتولى وآخرون ، ونقل المتولى اتفـاق الأصحاب عليـه •

(أما) إذا وجد مشترى العبد عيبـا ففى رده واسترداده الثوب طريقان حكاهما إمام الحرمين وغيره (أحدهما) ونسبه إمام الحرمين إلى بعض المحققين القطع بالجواز ، لأن ملك الكافر له هنا يقع بغير اختياره (والثانى) أنه على الوجهين ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، لأنه كما يمنع الكافر من تملكه ، يمنع المسلم من تمليكه إياه ، ويرجع بأرش العيب •

(فـرع) إذا صححنا شراء الكافر عبدا مسلما أو مصحفا ، فان علم الحاكم به قبل القبض ، فهل يمكنه من القبض ؟ أم ينصب من يقبض ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الرويانى وغيره (أصحها) عنـده يمكن (والثانى) لا يمكن ، بل يؤمر بأن يوكل مسلما يقبضه (والثالث) ينصب القاضى من يقبضه ، وإذا حصل القبض أو علم به بعد القبض ألزمه إزالة الملك ، كما سنذكره فى الفرع بعده إن شاء الله تعالى •

(فـرع) إذا كان فى يد الكافر عبد كافر فأسلم ، لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ولكن لا يقر فى يده ، بل يؤمر بازالة ملكه عنه ببيع أو هبة أو عتق أو غيرهـا ، ولا يكفى الرهن والتزويج والإجارة والحيلولة ، وفى الكتابة قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، وحكاهما إمام الحرمين والغزالى وجماعة وجهين (أصحهما) باتفاقهم الاكتفاء بها ، وتكون كتابة صحيحة (وإن قلنا) لا تكفى فوجهان (أحدهما) أنها كتابة فاسدة فيباع

العبد (والثانى) أنها صحيحة ، ثم إن جوزنا بيع المكاتب بيع مكاتبا وإلا فسخت الكتابة وبيع •

قال أصحابنا : ولو امتنع من إزالة ملكه باعه الحاكم عليه بثمن مثله ، كما يبيع مال من امتنع من أداء الحق ، قال إمام الحرمين والأصحاب : فان لم يجد مشتريا بثمن مثله صبر إلى أن يوجد ، وحال بينه وبينه ، ويتكسب لمالكه ، وتؤخذ نفقته منه •

(وأما) إذا أسلمت مستولدة كافر فلا سبيل إلى نقلها إلى غيره ببيع ولا هبة ولا نحوهما ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الرافعى وهو شاذ مردود • وهل يجبر على إعتاقها ؟ فيه وجهان (الصحيح) المنصوص الذى قطع به كثيرون أو الأكثرون : لا يجبر ، بل يحال بينهما وينفق عليها وتتكسب له فى يد مسلم (والثانى) حكاه إمام الحرمين والغزالى وغيرهما أنه يجبر على إعتاقها ، وذكره المصنف فى التنبيه احتمالا ، وهو ضعيف شاذ • ولو مات كافر قد أسلم عبده فى يده صار لوارثه وأمر بما كان يؤمر به مورثه فان امتثل وإلا بيع عليه ، والله سبحانه أعلم •

(فرع) قال المحاملى فى اللباب : لا يدخل عبد مسلم فى مال كافر أبدا إلا فى ست مسائل (إحداها) بالإرث (والثانية) يسترجعه بافلاس المشترى (الثالثة) يرجع فى هبته لولده (الرابعة) إذا رد عليه بعيب (الخامسة) إذا قال لمسلم : أعتق عبدك عنى ، فأعتقه وصححناه (السادسة) إذا كاتب عبده الكافر فأسلم العبد ، ثم عجز عن النجوم ، فله تعجيزه ، وهذه السادسة غلط ، فان المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتعجيز ، وترك سابعة وهى إذا اشترى من يعتق عليه وصححناه ، والله سبحانه أعلم •

(فـرع) قال المتولى والرويانى : إذا صححنا هبة العبد المسلم لكافر ، فعلم القاضى به قبل القبض منعه ، لأنها لا تلزم قبل القبض ، هذا كلامهما ، وفيه نظر ، وينبغى أن يكون قبضه كقبضه من اشتراه ، ثم يؤمر بازالة الملك .

(فـرع) قال المتولى والرويانى : إذا باع الكافر عبده المسلم ثم تقايلا (فان قلنا :) الإقالة بيع لم يصح ، وإلا فوجهان كما سبق فى مسألة بيعه بثوب معيب .

(فـرع) قال المتولى والبغوى والرويانى : إذا باع الكافر عبده المسلم بشرط الخيار ، فالبيع صحيح ، لأن ملكه يزول بنفس البيع فى قول ، وفى قول هو معرض للزوال ، فان أراد فسخ البيع (فان قلنا :) الملك فى زمن الخيار للبائع ، صح الفسخ ، لكن إن كثر ذلك منه ألزمه القاضى أن يبيعه بيعا ماضيا ، لأن هذا ليس بابتداء تملك ، وإنما هو منع من الزوال (وإن قلنا) بزوال الملك فى المبيع بنفس العقد ، فى تمكينه من الفسخ وجهان كالوجهين فى مسألة العبد بالثوب المعيب .

(فـرع) قال الرويانى : لو اشترى الكافر عبدا كافرا بشرط الخيار ، فأسلم فى مدة الخيار قال : والذى يحتمل قولين (أحدهما) يبطل البيع (والثانى) لا ، بل لهما الفسخ والإجازة ، فان أجازا ألزم المشترى بازالة ملكه .

(فـرع) قال الرويانى : قال أصحابنا : لا يكره للمسلم بيع عبده الكافر لكافر ، سواء كان العبد صغيرا أو كبيرا ، قال بعض أصحابنا : لكن الأولى ألا يبيعه الصغير ، وقال أبو حنيفة : يكره بيعه الصغير ، وقال أحمد : لا يجوز لأنه ينشأ على دين مالكه .

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز أن يستأجر الكافر مسلما على عمل فى الذمة بلا خلاف ، كما يجوز للمسلم أن يشترى منه شيئا بثمن فى الذمة ، وهل يجوز للمسلم أن يؤجر نفسه لكافر إجارة على عينـه ؟ فيه طريقان مشهوران ذكرهما المصنف فى أول كتاب الإجارة (أصحهما) الجواز (والثانى) على قولين ، وبعضهما يحكيهمـا وجهين ، واتفقوا على أن الأصح الجواز سواء كان المسلم حرا أو عبدا ، إلا الجرجانى فصحح البيع والمذهب الجواز ، لكن نص الشافعى والأصحاب على أنه يكره ذلك . فاذا صححناها فهل يؤمر بازالة ملكه عن المنافع ؟ بأن يؤجره مسلما ، فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وآخرون (أصحهما) يؤمر ، وبه قطع الشيخ أبو حامد .

(فـرع) اتفق الأصحاب على جواز إيداع العبد المسلم عند كافر ، وأما إعارته إياه فقد جزم إمام الحرمين والغزالى والرافعى وغيرهم بجوازه ، وهو الصحيح وقطـع المصنف فى باب العـارية من المهذب والتنبيـه ، والجرجانى فى التحرير ، وصاحب البيـان بأنه لا يجوز وهـذا ضعيف (والمذهب) الأول لأنهم ذكروا أن الأصح فى الإجارة على عينه الجواز ، فالإعارة أولى لأنها عقد جائز يرجع فيها متى شاء ، ولا يملك المستعير المنـافع ، بل يستنتجها شـيئا فشيئا ، بخلاف الإجارة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) لو رهن المسلم عبده المسلم ، أو المصحف عند كافر ، ففى صحته طريقان ذكرهما المصنف فى كتاب الرهن بدليلهما (أحدهما) القطع بصحته (والثانى) على قولين كبيعه واتفق الأصحاب على أن الأصح صحة رهنه فعلى هذا يوضع فى يد عدل مسلم والله سبحانه أعلم .

(فـرع) قال البغوى فى التهذيب فى آخر كتاب الهدية وهناك ذكر مسألة بيع المسلم لكافر قال : لو كان بين مسلم وكافر عبد مسلم مشترك

بينهما فأعتق الكافر نصيبه وهو موسر سرى إلى نصيب المسلم وعتق على الكافر سواء قلنا : تحصل السراية بنفس الإعتاق أم بدفع القيمة لأنه يقوم عليه شرعا لا باختياره فهو كالإرث •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى بيع العبد المسلم لكافر •

قد ذكرنا أن الأصح من مذهبنا بطلانه وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة : يصح ونقله الرويانى عن جمهور العلماء وعن مالك روايتان كالمذهبين • احتج أبو حنيفة بالقياس على الإرث • واحتج أصحابنا باجماع المسلمين أنه لا يقر ملكه على مسلم وسبب ذلك ما فيه من إثبات السلطنة والسبيل للكافر على مسلم وقد قال الله تعالى : « ولن يجعل الله للــكافرين على المؤمنين سبيلا[1] » ويخالف الإرث فانه ملك قهرى والله سبحانه وتعالى أعــلم •

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(ولا يجوز بيع الجارية إلا [مع][2] حملها لانه يتبعها فى البيع والعتق فلا يجوز بيعها دونه كاليد والرجل ، ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها فى البيع قبل سبع سنين ، لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال : « لا توله والدة بولدها » وقال عليه السلام : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة » وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع لانه تفريق محرم فى البيع ، فافســد البيع ، كالتفريق بين الجــارية وحملها وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ ؟ فيه قولان • (احــدهما) لا يجوز لعموم الأخبار ، ولأنه غير بالغ فلا يجوز التفريق بينه وبين امه فى البيع ، كما لو كان دون سبع سنين (والثانى) يجوز لأنه مستغن عن حضانتها ، فجاز التفريق بينهما كالبالغ) •

(الشرح) حديث أبى سعيد الخدرى والحديث الآخر سنوضحهما

---

(١) من الآية ١٤١ من سورة النساء •

(٢) فى جميع النسخ بحذف مع • (ط)

مع غيرهما من الأحاديث الواردة فى هذا فى فرع بعد بيان الأحكام إن شاء الله تعالى .

(اما الأحكام) ففى الفصل مسألتان :

(إحداهما) لا يجوز بيع الجارية والبقرة وغيرهما من الحيوان دون حملها وقد سبقت المسألة واضحة بفروعها فى مسألة بيع الحيوان بشرط أنه حامل .

(المسألة الثانية) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة ونحوها بلا خلاف ، ولا يحرم التفريق بينهما فى العتق بلا خلاف ، وتجوز الوصية على المذهب ، وقال المتولى والرويانى : فيه قولان وطرداهما فى الوصية بالحمل ، هل يصح أم لا ؟ (والمذهب) الصحة والجواز فى صورتى الحمل والولد . وفى التفريق بينهما فى الرد بالعيب وجهان .

وقال الشيخ أبو إسحق المصنف فى كتابه فى الخلاف : لو اشترى جارية وولدها الصغير ، ثم تفاسخا البيع فى أحدهما جاز ، وأما التفريق بينهما فى الرهن ففيه تفصيل يذكر فى كتاب الرهن إن شاء الله تعالى ، حيث ذكره المصنف والأصحاب . وإذا فرق بين الجارية وولدها الصغير فى البيع والهبة ونحوهما ، ففى صحة العقد طريقان (أحدهما) القطع ببطلانه ، لأنه تفريق محرم . فهو معجوز عن تسليمه شرعا وبهذا الطريق قطع المصنف وجماهير العراقيين (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان ، وبعضهم يقول وجهان (أصحهما) وهو الجديد بطلان العقد ، وبه قال أبو يوسف (والقديم) صحته .

وقال أبو حنيفة[1] قال الإمام أبو الفرج الزاز — بزايين معجمتين —

---

(1) لعله أبو حنيفة صاحب الغريب وليس النعمان بن ثابت صاحب المذهب . (ط)

الخلاف إنما هو التفريق بعد أن يسقيه اللباء أما قبله فلا يصح بلا خلاف . هذا حكم التفريق فى الصغر ، وهو ما قبل سن التمييز ، وهو نحو سبع سنين أو ثمان تقريبا . وفيما بعد التمييز إلى البلوغ قولان (أصحهما) يكره ولا يحرم وهو الذى نص عليه فى رواية المزنى ، وفى سير الواقدى (والثانى) يحرم حتى يبلغ فعلى هذا فى صحته الطريقان (وأما) التفريق بعد البلوغ فلا يحرم بلا خلاف ولكن يكره باتفاق الأصحاب .

(فـرع) لو كانت الأم رقيقة ، والولد حرا أو بالعكس ، لم يحرم بيع الرقيق منهما ، بلا خلاف للضرورة .

(فـرع) إذا قلنا بالضعيف إنه يصح بيـع الأم دون ولدها قال المـاوردى لا يقر المتبايعان على التفريق بينهما ، بل يقال لهما إن تراضيتما ببيع ملك أحدكما للآخر فذاك ، وإلا فسخ البيع ، وقال ابن كج : يقال للبائع تتطوع بتسليم الآخر أو تفسخ البيع ، فان تطوع فامتنع المشترى من القبول فسخ البيع .

(فـرع) لو رضيت الأم بالتفريق لم يزل التحـريم على المذهب الصحيح رعاية لحق الولد ، وحكى الرافعى وجها شاذا أنه يزول .

(فـرع) اتفق أصـحابنا على أن أم الأم عند عدم الأم كالأم فى التفريق بينها وبين ولد بنتها ، فلو كان له أم وجـدة ، فان بيع مع الأم فلا يحرم وإن بيع مع الجدة وقطع عن الأم ففى تحريمه قولان (الصحيح) المشهور تحريمه ، لأنه تفريق بينه وبين أمه ، ولو كان له أب وأم حرم التفريق بينه وبين الأم ولا يحرم بينه وبين الأب لأن حق الأم آكد ولهذا قدمت عليه فى الحضانة ، ولو كان له أب ولا أم له ، حرم التفريق بينـه وبين الأب على الصحيح من القولين ، وقيل : من الوجهين (والثـانى) لا يحرم لمـا ذكرناه من ضعف مرتبته عن مرتبة الأم .

وفى التفريق بينه وبين الأجداد والجدات من جهة الأب ومن جهة الأم إذا لم يكن أب ولا أم ثلاثة أوجه (أحدها) يحرم (والثانى) يجوز (والثالث) يجوز بينه وبين الأجداد دون الجدات ، لأنهن أصلح للتربية وأشد حزنا لفراقه (وأما) التفريق بينه وبين سائر المحارم كالأخ والعم وبنيهما والخال وغيرهم (فالمذهب) أنه يكره ولا يحرم ، وبه قطع الجمهور (والثانى) فيهم وجهان كالأب حكاه الرافعى .

(فـرع) قال أصحابنا التفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن ، إن كان لغرض مقصـود كالذبح جاز ، وإلا فهـو مكروه ، ولا يحرم على المذهب ، وبه قطع جماهير الأصحاب وحكى الصيمرى وصاحب البيان والرافعى فيه وجها شاذا أنه حرم ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) فى بيان الأحاديث الواردة فى المسألة (منها) عن أبى أيوب رضى الله عنه قال : سمعت رسـول الله ﷺ يقول : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن . وعن الحجاج بن أرطاة عن الحكم عن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنه قال : « وهب لى رسول الله ﷺ غلامين أخوين ، فبعت أحدهما ، فقال رسول الله ﷺ : يا على ما فعـل غلامك ؟ فأخبرته فقال : رده رده » رواه الترمذى وابن ماجه وآخرون ، قال الترمذى حديث حسن وليس بمقبول منه لأن مداره على الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف ، ولأنه مرسل ، فان ميمون بن أبى شبيب لم يدرك عليا رضى الله عنه ، وقد ضعف البيهقى هذا الحديث ، وعن أبى موسى رضى الله عنه قال : « لعن رسول الله ﷺ من فـرق بين الوالد وولده وبين الأخ وأخيـه » رواه ابن ماجـه والدارقطنى باسناد ضعيف .

وعن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنـه « أنه فرق بين

جارية وولدها ، فنهاه النبى ﷺ ورد البيع » رواه أبو داود وقال : ميمون لم يدرك عليا . وعن حسين بن عبد الله بن ضمرة عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « لا يفرق بين والدة وولدها » رواه البيهقى ، وهو حديث ضعيف ، وحسين بن عبد الله هذا مجمع على ضعفه وعن جابر الجعفى عن عبد الرحمن بن الأسود عن ابن مسعود « أن النبى ﷺ كان إذا أتى بالشىء أعطى أهل البيت جميعا ، وكره أن يفرق بينهم » رواه البيهقى ، وقال : تفرد به جابر هذا وهو مشهور بالضعف .

وعن عبادة بن الصامت عن رسول الله ﷺ « أنه نهى عن التفريق بين الأم وولدها حتى يبلغ الغلام ، وتحيض الجارية » رواه الدارقطنى وضعفه فان أحد رواته عبد الله بن عمرو بن حسان ، وهو كذاب ، وقد انفرد به .

وعن سلمة بن الأكوع قال : « غزونا فزارة وعلينا أبو بكر أمره رسول الله ﷺ علينا ، فلما كان بيننا وبين الماء ساعة أمرنا أبو بكر فعرسنا ثم شن الغارة ، فورد الماء ، فقتل من قتل عليه ، وأنظر إلى عنق من الناس فيهم الذرارى ، فخشيت أن يسبقونى إلى الخيل ، فرميت بسهم بينهم وبين الخيل ، فلما رأوا السهم وقفوا فجئت بسهم أسوقهم وفيهم امرأة من بنى فزارة معها بنت لها من أحسن العرب ، فسقتهم حتى أتيت بهم أبا بكر ، فنفلنى ابنتها فقدمنا المدينة وما كشفت لها ثوبا ، فلقينى رسول الله ﷺ فى السوق فقال : يا سلمة هب لى المرأة فقلت : يا رسول الله ﷺ أعجبتنى وما كشفت لها ثوبا ثم لقينى رسول الله ﷺ فقال : يا سلمة هب لى المرأة فقلت : هى لك يا رسول الله ﷺ فبعث بها رسول الله إلى أهل مكة ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة » رواه مسلم ، وفيه دلالة للتفريق بين المرأة وولدها بعد البلوغ والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(إذا شرط فى البيع شرطا ــ نظرت فإن كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما اشبههما ــ لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله فإن شرط مالا يقتضيه العقد ، ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد لان الشرع ورد بذلك على ما نبينه فى مواضعه إن شاء الله وبه الثقة . ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد . فان شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد ، لأن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة لتعتقها ، فاراد اهلها ان يشترطوا ولاءها فقال رسول الله ﷺ ((اشتريها واعتقها فإنما الولاء لمن اعتق)) .

وإن اشتراه بشرط العتق فامتنع من إعتاقه ففيه وجهان (أحدهما) يجبر عليه لأنه عتق مستحق عليه ، فاذا امتنع اجبر عليه ، كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه (الثانى) لا يجبر ، بل يثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع ، لأنه ملكه بالعوض ، وإنما شرط للبائع حقا فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار كما لو اشترى شيئا بشرط أن يرهن بالثمن رهنا فامتنع من الرهن فان رضى البائع بإسقاط حقه من العتق ففيه وجهان (احدهما) لا يسقط لأنه عتق مســـتحق فلا يسقط باسقاط الآدمى كالمنذور (والثانى) أنه يسقط لأنه حق شرطه البائع لنفسه فسقط باسقاطه كالرهن والضمين .

وإن تلف العبد قبل العتق ففيه ثلاثة أوجه (احدها) أنه ليس للبائع إلا الثمن ، لأنه لم يفقد اكثر من العتق (والثانى) ياخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق ، فيقــوم من غير شرط العتق ثم يقــوم مع شرط العتق ويجب ما بينهما من الثمن ، (والثالث) أنه يفسخ العقد لأن البائع لم يرض بهذا الثمن وحده والمشترى لم يلتزم أكثر من هذا الثمن فوجب أن يفسخ العقد) .

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم . وبريرة ــ بفتح الباء الموحدة ــ وهى بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضى الله عنها روت حديثا واحدا .

(قوله) عتق مستحق عليه احتراز ممن نذر عتقا على وجه اللجاج ، ثم اختار كفارة اليمين بالإطعام ، وممن وعد العبد أنه يعتقه •

(اما الاحكام) فقال أصحابنا : الشروط خمسة أضرب (أحدها) ما هو من مقتضى العقد بأن باعه بشرط خيار المجلس أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب أو الرجوع بالعهدة أو انتفاع المشترى كيف شاء وشبه ذلك فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف لما ذكره المصنف ويكون شرطه توكيدا وبيانا لمقتضاه •

(الضرب الثانى) أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث والأجل والرهن والضمين والشهادة ونحوها ، وكشرط كون العبد المبيع خياطا أو كاتبا ونحوه فلا يبطل العقد أيضا بلا خلاف بل يصح ويثبت المشروط •

(الضرب الثالث) أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعا كشرط ألا يأكل إلا الهريسة ، أو لا يلبس إلا الخز أو الكتان ، قال إمام الحرمين : وكذا لو شرط الإشهاد بالثمن وعين شهودا وقلنا : لا يتعينون فهذا الشرط لا يفسد العقد ، بل يلغو ويصح البيع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع إمام الحرمين والغزالى ومن تابعهما ، وقال المتولى : لو شرط التزام ما ليس بلازم بأن باع بشرط أن يصلى النوافل ، أو يصوم غير رمضان أو يصلى الفرائض فى أول أوقاتها بطل البيع لأنه ألزم ، ما ليس بلازم ، قال الرافعى : مقتضى هذا فساد العقد فى مسألة الهريسة ونحوها ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(الضرب الرابع [1]) أن يبيعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشترى

---

(1) يلاحظ أنه ذكر من الأضرب أربعة وذكر الضرب الخامس فى الفصل الذى بعد هذا الفصل فانتبه •   (المطيعى)

ففيه ثلاثة أقوال (الصحيح) المشهور الذى نص عليه الشافعى فى معظم كتبه وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب ، أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به (والثانى) يصح البيع ويبطل الشرط ، فلا يلزمه عتقه (والثالث) يبطل الشرط والبيع جميعا كغيره من الشروط ، والمذهب صحتهما ، وعليه التفريع قال أصحابنا : وإذا صححناه فصورته إذا شرط أن يعتقه المشترى عن نفسه ، أو أطلق اشتراط عتقه (أما) إذا باعه بشرط أن يعتقه المشترى من البائع فالبيع باطل قطعا ، قال أصحابنا : وإذا شرط العتق للمشترى أو أطلق ففى العتق المشروط وجهان (أصحهما) أنه حق لله تعالى كالعتق الملتزم بالنذر (والثانى) أنه حق للبائع ، وقد أشار المصنف إلى دليلهما .

(فان قلنا :) إنه حق للبائع فله مطالبة المشترى به بلا خلاف (وإن قلنا) حق لله تعالى فللبائع مطالبته أيضا على أصح الوجهين وإن امتنع من الاعتاق (فان قلنا :) الحق لله تعالى أجبر عليه المشترى قطعا (وإن قلنا) للبائع لم يجبر ، بل يجبر البائع فى فسخ البيع (وإذا قلنا) بالإجبار قال المتولى : يخرج على الخلاف فى المولى إذا امتنع من الطلاق ومن الفيئة ، ففى قول يعتقه القاضى ، وفى قول يحبسه حتى يعتقه وذكر إمام الحرمين احتمالين (أحدهما) تخريجه على القولين كما قال المتولى (والثانى) يتعين الحبس (قلت) ويحتمل أن يجزم بأن يعتقه القاضى كما إذا توجه عليه بيع ماله فى دين فامتنع فان القاضى يبيعه فى وفاء الدين .

(أما) إذا أسقط البائع حق الإعتاق (فان قلنا :) الحق لله تعالى لم يصح إسقاطه (وإن قلنا :) للبائع ، صح إسقاطه كما لو شرط رهنا أو كفيلا ثم عفا عنه ، فانه يسقط على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه ضعيف للشيخ أبى محمد الجوينى إن شرط الرهن والكفيل لا يصح إفراده بالإسقاط كالأجل قال أصحابنا : ومتى أعتقه المشترى فالولاء له قطعا

سواء قلنا : الحق فيه لله تعالى أم للبائع ، لأنه أعتق ملكه ، هذا إذا أعتقه المشترى مجانا فلو أعتقه عن كفارة عليه (فان قلنا :) الحق فيه لله تعالى أو للبائع ولم يأذن لم يجزئه (وإن قلنا :) له وأذن فوجهان (أصحهما) يجزئه عن الكفارة وعن أداء حق العتق (والثانى) لا يجزئه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فــرع) قال أصحابنا : يجــوز اســتخدام العبد والأمة اللذين اشتراهما بشرط العتق قبل حصول العتق ، ويجوز الوطء وتكون أكسابهما للمشترى ، لأنهما على ملكه قبل العتق ولو قتلا كانت القيمة للمشترى ولا يكلف صرفها إلى عتق غيرهمــا . ولو أجره قال الدارمى : يحتمل وجهين (أصحهما) بطلان الإجارة .

(فــرع) لو باعه لآخر بشرط أن يعتقه الثانى فوجهان (الصحيح) المشهور لا يصح البيع (والثانى) يصح البيع والشرط . ولو أولد الجارية لم تجزئه عن الإعتاق على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاذ .

(فــرع) لو باعه لآخر بشرط أن يعتقه الثانى فوجهان (الصحيح) مشهورة ذكرها المصنف بأدلتها (أصحها) ليس على المشترى إلا الثمن المسمى ، لأنه لم يلتزم غيره (والثانى) يلزمه مع المسمى قدر التفاوت بمثل نسبته من المثل بأن يقال : قيمته من غير شرط العتق مائة ، وبشرطه تسعون فيجب قدر عشر المسمى مضافا إلى المسمى .

(والثالث) ينفسخ البيع ويلزم المشترى قيمة العبد ، لفواته فى يده ويرجع بالثمن .

(والرابع) للبائع الخيار إن شاء أجاز العقد ولا شىء له غير المسمى ، وإن شاء فسخه ورد الثمن ، ورجع بقيمة العبد ، ثم هذه الأوجه هل هى

مفرعة على أن العتق للبائع ؟ أم مطردة ؟ سواء قلنا : له أو لله تعالى فيه احتمالان لإمام الحرمين (أصحهما) الثاني ، وهو مقتضى كلام الأصحاب وإطلاقهم .

(فــرع) لو اشتراه بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة أو يعلق عتقه ، أو اشترى دارا بشرط أن يقفها فطريقان (أصحهما) القطع ببطلان البيع (والثاني) أنه على الخلاف في شرط الإعتاق .

(فــرع) جميع ما سبق هو فيمــا إذا شرط العتق ، ولم يتعرض للولاء ، أو شرطا كونه للمشتري (فأما) إذا شرطاه للبائع ، فالمذهب بطلان البيع وبه قطع الجمهور لأنه منابذ لقوله ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وحكى جماعة قولا شاذا أنه يصح البيع ويلغو شرط الولاء ، وحكاه الدارمي وجها للإصطخري ، وحكى إمام الحرمين وجهــا باطلا أنه يصح البيع ، ويصح أيضا شرط الولاء للبائع قال الرافعي : لا يعرف هذا الوجه لغير الإمام ولو اشتراه بشرط الولاء للبائع دون اشتراط الإعتاق بأن قال : بعتكه بشرط أن يكون الولاء لي إن أعتقته فالبيع باطل بلا خلاف ، ذكره المتولي والرافعي .

(فــرع) لو اشترى أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه ، قال القــاضي حسين : البيع باطل بلا خلاف ، لتعذر الوفاء بالشرط فانه يعتق عليه بمجرد الملك فلا يتصور إعتاقه ، وحكى الرافعي هذا عن القاضي وسكت عليه موافقة ، وفيه نظر ، ويحتمل أن يصح البيع ويكون شرط الإعتاق توكيدا للمعنى فان مقصود الشرط تحصيل الإعتاق ، وهو حاصل هنا .

(فــرع) لو اشترى جارية حاملا بشرط العتق فولدت ، ثم أعتقها ، فهل يتبعها الولد ؟ فيه وجهان حكاهما ابن كج (الأصح) لا يتبعها ، قال

الدارمى : هما مبنيان على أن الحمل هل له حكم أم لا ؟ والأصح أن له حكما فلا يتبعها ٠

(فــرع) لو باع عبدا بشرط أن يبيعه المشترى بشرط العتق، فالمذهب بطلان هذا البيع ، وبه قطع الجمهور ، وحكى ابن كج عن ابن القطان أن فى صحته وجهين ، وهذا شاذ ضعيف ٠

(فــرع) فى مذاهب العلماء فيمن باع عبدا بشرط العتق ٠

قد ذكرنا أن الصحيح المشهور من مذهبنا صحة البيع والشرط وبه قال النخعى وأحمد وغيرهما ، وقال ابن أبى ليلى وأبو ثور : البيع صحيح والشرط باطل ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : البيع فاسد ، لكن لو أعتقه بعد عتقه لزمه الثمن عند أبى حنيفة ، وبالقيمة عند صاحبيه ، وهو عندهم مملوك للمشترى ملكا ضعيفا كما قالوا فى غيره من البيوع الفاســدة ، واحتجوا بحديث النهى عن بيع وشرط ، وبحــديث « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وسنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى ٠

واحتج أصحابنا بحديث عائشة فى قصة بريرة رضى الله عنهما ، فان النبى ﷺ أذن لها فى شرائها بشرط العتق (فان قيل :) إنما كان بشرط الولاء (قلت :) الولاء يتضمن اشتراط العتق (فان قيل :) فبريرة كانت مكاتبة ٠ والمكاتب لا يصح بيعه على الصحيح (قلنا :) هو محمول على أنها عجّزت نفسها وفسخ أهلها الكتابة ولأن للعتق قوة سراية فاحتمــل اشتراطه فى البيع بخلاف غيره (وأما) الحديثان اللذان احتجوا بهما فعامان مخصوصان بما ذكرناه ٠

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(فان شرط ما سوى ذلك من الشروط التى تنافى مقتضى البيع بان باع عبدا بشرط ان لا يبيعه او لا يعتقه ، او باع دارا بشرط ان يسكنها مدة ، او ثوبا

بشرط أن يخيطه له أو قلعة بشرط أن يحذوها له بطل البيع، لما روى عن النبى ﷺ ((أنه نهى عن بيع وشرط)) وروى ((أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك إن بعتها فهى لى بالثمن ، فاستفتى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فقال : لا تقربها ، وفيها شرط لأحد)) .

وروى أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها ، فقال له عمر رضى الله عنه : لا تقربها وفيها مثنوية ، ولأنه شرط لم يبن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، فأفسد العقد كما لو شرط أن لا يسلم إليه المبيع فإن قبض المبيع لم يملكه ، لأنه قبض فى عقد فاسد ، فلا يوجب الملك كالوطء فى النكاح الفاسد ، فإن كان باقيا وجب رده وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف ، ومن أصحابنا من قال : يضـــمن قيمته يوم التلف لأنه مأذون فى إمساكه ، فضمن قيمته يوم التلف كالعارية ، وليس بشىء لأنه قبض مضمون فى عين يجب ردها فإن هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف ، كقبض الغاصب .

ويخالف العارية فان العارية مأذون فى إتلاف منافعها ، ولأن فى العارية لو رد العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن ، ولو رد المبيع ناقصا ضمن النقصان . وإن حدث فى عينها زيادة بأن سمنت ثم هزلت ضمن ما نقص ، لأن ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب ، ومن أصحابنا من قال : لا يضمن لأن البائع دخل فى العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة ، والمنصوص هو الأول ، وما قاله هـــذا القائل يبطل بالمنافع ، فإنه لم يدخل فى العقد ليأخذ بدلها ثم تستحق . فأن كان لمثله أجرة لزمه الأجرة للمدة التى أقام فى يده لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب .

فان كانت جارية فوطئها لم يلزمه الحد ، لأنه وطء بشبهة لأنه اعتقد أنها ملكه ، ويجب عليه المهر لأنه وطء بشبهة فوجب به المهر كالوطء فى النكاح الفاسد ، وإن كانت بكرا وجب عليه أرش البكارة لأن البكارة جزء من أجزائها وأجزاؤها مضمونة عليه فكذلك البكارة ، وإن أتت منه بولد فهو حر لأنه اعتقد أنها جاريته ويلزمه قيمة الولد لأنه أتلف عليه رقه باعتقاده ويقوم بعد الانفصال لأنه لا يمكن تقويمه قبل الانفصال ، ولأنه يضمن قيمة الولد للحيلولة وذلك لا يحصل إلا بعد الانفصال ، فان ألقت الولد ميتا لم يضمنه . لأنه لا قيمة له قبل الانفصال ولا توجد الحيلولة إلا بعد الانفصال ، فان ماتت الجارية من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته ، ولا تصير الجارية أم ولد فى الحال ، لأنها علقت منه فى غير ملكه ، وهل تصير أم ولد إذا ملكها ؟ فيه قولان) .

(**الشرح**) أما الحديث فغريب ، وأما الأثران عن عمر رضى الله عنه فصحيحان روى الأول مالك فى الموطأ ورواهما جميعا البيهقى . وعبد الله فى الموضعين هو ابن مسعود ، والذى أفتاه فى الصورتين هو عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وقد يقع فى بعض نسخ المهذب مصحفا بابن عمر وهو غلط فاحش ، والفلعة — بكسر الفاء وإسكان اللام — جمعها فلع وهى جلدة النعل ، ومعنى يحذوها يجعلها حذاء .

(وقوله :) لأنه شرط لم يبن على التغليب ، احتراز من العتق (وقوله) ولا هو مقتضى العقد احتراز من سقى الثمرة ونحوه (وقوله :) ولا من مصلحته احتراز من شرط الرهن ، والضمين ونحوهما (وقوله :) لأنه قبض مضمون فى عين يجب ردها ، احتراز بالمضمون عن الوديعة ، وبقوله فى عين ، عن المنفعة فانه تجب قيمتها يوم الاستيفاء لا أكثر الأمرين ، وبقوله : يجب ردها عن المقبوضة ببيع صحيح (قوله :) سمنت ثم هزلت هو — بضم الهاء — (وقوله :) لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به احتراز من العارية .

(**اما الأحكام**) فقد ذكرنا أن الشروط فى البيع خمسة أضرب ومرت أربعة وهذا الخامس ، وهو أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التى تنافى مقتضى البيع بأن باعه شيئا بشرط ألا يبيعه ولا ينتفع به أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره أو لا يطأها أو لا يسافر به أو لا يسلمه إليه ، أو بشرط أن يبيعه غيره ، أو يشترى منه أو يقرضه أو يؤجره أو خسارة عليه إن باعه بأقل أو أنه إذا باعه لا يبيعه إلا له أو ما أشبه ذلك ، فالبيع باطل فى جميع هذه الصور وأشباهها لمنافاة مقتضاه ، ولا فرق عندنا بأن يشرط شرطا واحدا أو شرطين .

وحكى إمام الحرمين والرافعى وغيرهما قولا غريبا حكاه أبو ثور عن

الشافعى أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال ، بل يلغو الشرط ويصح البيع لقصة بريرة رضى الله عنها وهذا ضعيف ، وحينئذ البيع عكس النكاح ، فان المشهور أنه لا يفسد بالشروط الفاسدة ، وفيه قول شاذ ضعيف أنه يفسد بها ، فاذا جمع البيع والنكاح حصل فيهما ثلاثة أقوال (أحدها) يفسدان بالشروط الفاسدة (والثانى) لا (والثالث) وهو المذهب والمشهور يفسد البيع دون النكاح والتفريع على هذا القول وبالله التوفيق .

ولو باع بشرط خيار المجلس أو خيار الرؤية ففيه خلاف سبق فى بابه . هذا كله فيما إذا شرط شرطا فاسدا وكان الشرط مما لا يفرد بالعقد فان كان مما يفرد كالرهن والضمين فهل يفسد البيع لفسادهما ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف فى بابهما (أصحهما) يفسد كسائر الشروط الفاسدة (والثانى) لا ، كالصداق الفاسد لا يفسد به النكاح .

(فرع) إذا باع دارا واشترط البائع لنفسه سكناها أو دابة واستثنى ظهرها فان لم يبين المدة المستثناة ويعلما قدرها فالبيع باطل بلا خلاف وإن بيناها فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والعراقيون فساد البيع (والثانى) فيه وجهان حكاهما الخراسانيون أصحهما هذا (والثانى) يصح البيع والشرط لحديث جابر وقصة جمله التى سنذكرها فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى ، وحكى القاضى أبو الطيب هذا الوجه عن ابن خزيمة من أصحابنا ، وبه قال ابن المنذر .

(فرع) لو باع بشرط أن لا يسلم المبيع حتى يستوفى الثمن ، فان كان الثمن مؤجلا بطل العقد ، لأنه يجب تسليم المبيع فى الحال ، فهو شرط مناف لمقتضاه ، وإن كان حالا بنى على أن البداءة فى التسليم بمن ؟ (فان قلنا :) بالبائع لم يفسد ، وإلا فيفسد للمنافاة .

(فرع) متى اشترى شيئا شراء فاسدا لشرط مفسد أو لسبب

آخر ، لم يجز له قبضه ، فان قبضه لم يملكه بالقبض ، سواء علم فساد البيع أم لا ، ولا يصح تصرفه فيه ببيع ولا إعتاق ، ولا هبة ولا غيرها ، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب ، وكالمقبوض بالسوم ، ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن ولأنه يقدم به على الغرماء ، هذا هو المذهب وبه قطع [1] وفيه قول غريب ووجه للإصطخرى أن له حبسه أو يقدم به على الغرماء وهو شاذ ضعيف ، ويلزمه أجرته للمدة التى كان فى يده سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب ، وإن كان تعيب فى يده لزمه أرش نقصه لما ذكرناه وإن تلف لزمه ضمانه بلا خلاف ، لما ذكرناه • وفى القيمة المعتبرة ثلاثة أوجه (أصحها) باتفاق الأصحاب تجب القيمة أكثر مما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب • لأنه مخاطب فى كل لحظة من جهة الشرع برده (والثانى) تجب قيمته يوم التلف كالعارية لأنه مأذون فى إمساكه (والثالث) يوم القبض حكاه المصنف فى التنبيه وآخرون وهو غريب (والمذهب الأول) وهو المنصوص ، ونقل بعض الأصحاب هذه الأوجه أقوالا والمشهور أنها أوجه قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الغصب يضمن المغصوب بقيمته أكثر ما كانت يوم الغصب إلى التلف ، قال : وكذلك فى البيع الفاسد ، قال القاضى أبو الطيب : حمل أكثر أصحابنا نص الشافعى على ظاهره ، فأوجبوا قيمته أكثر ما كانت كالمغصوب ، وقال بعضهم : تجب قيمته يوم التلف ، وحملوا نصه على أن المراد أنه كالمغصوب فى أصل الضمان دون كيفيته ، وفرق المصنف والأصحاب بينه وبين العارية بفرقين (أحدهما) أن العارية مأذون فى إتلاف منافعها مجانا ، بخلاف هذا (والثانى) أنه لو رد العارية ناقصة الاستعمال لم يضمن بخلاف هذا ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

---

(1) كذا بالأصل ولعل السقط : جمهور الأصحاب أو الأكثرون . المطيعى

(أما) الزوائد الحادثة منه فيلزمه ضمانها إذا تلفت عنده ، سـواء كانت منفصلة كاللبن والثمرة والولد والصوف وغيرها ، أم متصلة بأن سمنت عنده ثم هزلت ، أو تعلم صنعة ثم نسيها ، وسواء تلفت العين أو ردها ، فيلزمه ضمان الزيادة الفائتة عنده هذا هو المذهب والمنصوص ، وفيه وجه ضعيف حكاه المصنف والأصحاب أنه لا يضمن الزيادة إذا تلفت العين ، وإنما يضمنها إذا رد العين وقد ذهبت الزيادة (والصواب) الأول ، لأنه كالمغصوب ، فلو زادت عنده ثم نقصت ثم زادت فردها كذلك ، فان كانت الزيادة الثانية من غير جنس الأولى ضمنها قطعـا ، وإن كانت من جنسها وعلى قدرها فوجهان حكاهما الدارمى (أصحهما) يلزمه ضمانها أيضا (والثانى) لا ، كالوجهين فى نظيره من الغصب .

(فـرع) إذا أنفق على العبد أو البهيمة المقبوضتين ببيع فاسد لم يرجع على البائع بالنفقة إن كان المشترى عالمـا بفساد البيع ، فان كان جاهلا فوجهان (أصحهما) لا يرجع أيضا ، لأنه متبرع .

(فـرع) لو كان المقبوض ببيع فاسد جارية فوطئها المشترى — فان كان الواطىء والموطوءة جاهلين — فلا حد للشبهة ، ويلزمه المهر للبائع ، لأنه وطء شبهة ، فلو تكرر الوطء بهذه الشبهة لم يجب إلا مهر واحد ، سواء تكرر فى مجلس أو مجالس ، وإن كانا عالمين لزمهما الحد إن كان اشتراها بميتة أو دم ، لأنه لا يملكها ولا يباح وطؤها له بالإجماع ، فان اشتراها بخمر أو شرط فاسد فلا حد لاختلاف العلماء فى حصول الملك له ، فان أبا حنيفة رحمه الله يقول فى هذه الحال : إنه يملكها ملكا حقيقيا ، فصار كالوطء فى النكاح بالأولى ، ونحوه قال إمام الحرمين ، ويجوز أن يقال : يجب الحد لأن أبا حنيفة لا يبيح الوطء فان كان يثبت الملك بخلاف الوطء فى النكاح بالأولى ، فحيث قلنا : لا حد ، ويجب المهر فان كانت ثيبا وجب مهرها ، وإن كانت بكرا وجب مهر بكر وأرش البكارة أيضا .

(أما) أرش البكارة فلأنه أتلفها بغير حق (وأما) مهر البكر ، فلأنه وطىء بكرا بشبهة ، هكذا صرح بوجوب مهر بكر مع أرش البكارة فى هذا الموضع الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب والمحاملى وسائر المتقدمين ، وصاحب البيان والرافعى وغيرهما من المتأخرين ، ونقله القاضى أبو الطيب وغيره عن نص الشافعى • قال القاضى والأصحاب : (فان قيل) هذا يؤدى إلى ضمان البكارة مرتين (قلت) : إلا أنه أتلف جزءا من بدنها بغير إذن من له الإذن ، فلزمه أرشه ، ووطئها بكرا فحصل له كمال اللذة ، فلزمه مهر بكر ، ولا يتداخلان لأنهما وجبا بشيئين مختلفين ، لأن الأرش يجب باتلاف الجزء وهو سابق لتغييب الحشفة الموجب للمهر •

(فان قيل) إذا فصلتم إتلاف البكارة عن الوطء فيجب أرش بكارة ومهر ثيب ، لأن تغييب كمال الحشفة صادفها ثيبا فصار كما لو أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها فانه يلزمه أرش البكارة ومهر ثيب ، قال أصحابنا : (فالجواب) أنه حصل له لذة جماع بكر ويسمى واطىء بكر ، بخلاف مسألة الأصبع (فان قيل) فقد نص الشافعى والأصحاب على أنه لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ووطئها وهى بكر لزمه مهر مثلها بكرا ، ولا يلزمه مع أرش البكارة ، مع أنه لا يستحق إتلاف بكارتها بخلاف المنكوحة نكاحا صحيحا (فالجواب) أن إتلاف البكارة مأذون فيه فى النكاح الفاسد كما أنه مأذون فيه فى النكاح الصحيح ، بخلاف البيع الفاسد ، فانه لا يلزم منه الوطء فهى فى النكاح الفاسد كمن قالت لإنسان : أذهب بكارتى بأصبعك ، وكمن قال لغيره ، اقطع يدى ، أو أتلف سوأتى ، فلا ضمان ، والله سبحانه أعلم •

فان أحبلها فالولد حر للشبهة ، وهل عليه ولاء ؟ فيه وجهان حكاهما الدارمى (الصحيح) لا ولاء ، لأنه انعقد حرا ، وبهذا قطع القاضى أبو الطيب

والجمهور ، فان خرج الولد حيا لزمه قيمته يوم الولادة ، لأنه صار حرا بظنه فأتلف رقه على مالك الأمة ، وتستقر عليه القيمة ، فلا يرجع بها على البائع ، بخلاف ما لو اشترى جارية فاستولدها ، فخرجت مستحقة فانه يغرم قيمة الولد ، ويرجع بها على البائع ، لأنه غره بخلاف مسألتنا ، قال المصنف والأصحاب : ولا تصير الجارية أم ولد للواطىء فى الحال ، لأنه لا يملكها ، فان ملكها بعد ذلك ففى مصيرها أم ولد القولان المشهوران فيمن أولد جارية غيره بشبهة ثم ملكها (أصحهما) لا تصير • فان نقصت بالحمل أو الولادة لزمه أرشه •

وإن خرج الولد ميتا فلا قيمة • لكن إن سقط بجناية وجبت الغرة على عاقلة الجانى ، ويجب حينئذ للبائع أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة ، والغرة ، يطالب به من شاء من الجانى والمشترى ، لأن ضمان الجانى له قام مقام خروجه حيا ، فان كانت الغرة أقل أخذها البائع ولا شىء له غيرها ، وإن كانت أكثر أخذ قدر القيمة وكانت البقية لورثة الجنين • ولو رد المشترى الجارية إلى البائع فولدت عنده وماتت فى الطلق ، وجبت قيمتها بلا خلاف وهل تكون فى مال الجانى ؟ أم على عاقلته ؟ فيه القولان المشهوران فى أن العاقلة هل تحمل قيمة العبد ؟ (أصحهما) تحملها ، ولو وطىء أمة الغير بشبهة فماتت فى الطلق لزمه قيمتها فى ماله على قول ، وعلى عاقلته فى الأصح ، وفيه وجه ضعيف أنه لا ضمان فى الأمة الموطوءة بشبهة ، وهو شاذ مردود •

ولو وطىء حرة بشبهة ، أو فى نكاح فاسد ، فماتت بالولادة ، ففى وجوب ديتها وجهان ، وحكاهما الشيخ أبو حامد قولين (أحدهما) تجب كالأمة (وأصحهما) لا تجب ، لأن الوطء سبب ضعيف ، وإنما أوجبنا الضمان فى الأمة لأن الوطء استيلاء عليها ، والعلوق من آثاره ، فأدمنا الاستيلاء كالمحرم إذا نفر صيدا ، وبقى نفاره إلى الهلاك بالبعير وغيره ،

فانه يضمنه (وأما) الحرة فلا تدخل تحت الاستيلاء • ولو زنى بامرأة مكرهة فماتت بالولادة حرة كانت أو أمة ، ففيها قولان مشهوران (أصحهما) لا ضمان ، لأن الولادة غير مضافة شرعا لعدم النسب (والثانى) يجب لأنه مولد من فعله •

ولو ماتت زوجته فى الطلق من حملها منه ، لم يجب الضمان بلا خلاف، لتولده من مستحق • وحيث أوجبنا ضمان الحرة فهو الدية على عاقلة الواطىء وحيث أوجبنا ضمان قيمة الأمة فهو على عاقلته فى أصح القولين • وفى ماله فى الآخر ، ومتى تعتبر قيمتها ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) يوم الإحبال ، لأنه سبب التلف ، كما لو جرح عبدا قيمته مائة فبقى متألما إلى أن مات منه وقيمته عشرة ، يلزمه مائة (والثانى) يوم الموت ، لأنه وقت التلف (والثالث) يجب أكثرهما كالغصب ، والله أعلم •

(فرع) إذا اشترى شيئا شراء فاسدا فباعه لآخر ، فهو كالغاصب يبيع المغصوب ، فاذا حصل فى يد الثانى وعلم الحال لزمه رده إلى المالك ؛ ولا يجوز رده إلى المشترى الأول ، فان تلف فى يد الثانى — نظر إن كانت قيمته فى يدهما سواء ، أو كانت فى يد الثانى أكثر — رجع المالك بالجميع على من شاء منهما ، والقرار على الثانى لحصول التلف فى يده ، وإن كانت القيمة فى يد الأول أكثر ، فضمان النقص على الأول خاصة ، والثانى يرجع به على من شاء منهما والقرار على الثانى ، وكل نقص حدث فى يد الأول يطالب به الأول دون الثانى ، وكل نقص حدث فى يد الثانى يطالب به من شاء منهما والقرار على الثانى ، وكذا حكم أجرة المثل • ولو رد الثانى العين إلى الأول فتلفت عنده ، فللمالك مطالبة من شاء منهما ، والقرار على الأول •

(فرع) إذا باعه شيئا بشرط أن يبيعه داره ، أو يشترى منه عبده ، فالعقد الأول باطل كما سبق ، فاذا عقد العقد الثانى المشروط فى

الأول ــ فان كانا يعلمان بطلان الشرط ــ صح العقد الثانى ، وإلا فلا ، لأنهما بانيان به على حكم الشرط الفاسد ، هكذا قطع به البغوى وغيره ، وقطع إمام الحرمين بالصحة وحكاه عن والده فى كتاب الرهن لأن المواطأة قبل العقد لا أثر لها عندنا ، والأول أصح ، لأن المواطأة ألا يعتقد لزوم الوفاء بخلاف مسألتنا ، فنظيرها من مسألتنا أن يعلما فساد الشرط .

(فــرع) لو اشترى زرعا وشرط على بائعه أن يحصده ، فالمذهب بطلان البيع ، وبه قطع جمهور المصنفين ، ونقــله المــاوردى وغيره عن جمهور أصحابنا المتقدمين ، وقال أبو على بن أبى هريرة : فيه القولان فيمن جمع فى عقد بين بيع وإجارة ، وقيل : شرط الحصاد باطل ، وفى البيع قولا تفريق الصفقة ، وسواء قال : بعتكه بألف على أن تحصده ، وقال الشيخ أبو حامد : لا يصح الأول قطعا ، وفى الثانى الطريقان .

ولو قال : اشتريت منك هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بعشرة . فقال : بعتك وأجرتك فطريقان (أحدهما) أنه على القولين فى الجمع بين مختلفى الحــكم (وأصحهما) بطــلان الإجارة ، وفى البيع قولا تفريق الصفقة . ولو قال : اشتريت هذا الزرع بعشرة واستأجرتك على حصده بدرهم فقال : بعت وأجرت ، قال البغــوى وغيره : صح الشراء ، لأنه لا شرط فيه ، ولم تصح الإجارة ، لأنه استئجار على العمل فيما لم يتم ملكه فيه ، لأن أحد شقى الإجارة وجد قبل تمام البيع ، فصار كما لو قال : استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب ، والثوب غير مملوك له فى الحال ، فلو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض بعقد ، فقال : اشتريته بعشرة على أن تحصده بدرهم أو اشترى ثوبا وشرط عليه خياطته وصبغه ، أو لبنــا وشرط عليه جعله آجرا ، أو نعلا وشرط عليه أن ينعل به دابته ، أو جلدة وشرط عليه خرزها خفا ، أو عبدا رضيعا وشرط عليه إتمام رضاعته ، أو متاعا على أن يحمله إلى بيته ، وهما يعلمان البيت ، فالمذهب بطلان العقد

فى كل هذه الصور ونظائرها ، فلو لم يعرف أحدهما البيت فى مسألة المتاع بطل العقد بلا خلاف ، وممن صرح بهذه المسائل مجموعة البغوى وتابعه الرافعى .

ولو اشترى حطبا على ظهر بهيمة ، وشرط عليه حمله إلى بيته بطل على المذهب ، كما ذكرنا ، فلو شرط وضعه موضعه صح قطعا ، فلو أطلق فوجهان (أصحهما) يصح ، ويسلمه إليه موضعه ، لأنه مقتضى الإطلاق (والثانى) لا يصح العقد حتى يصرح باشتراط تسليمه فى موضعه ، لأن العادة تقتضى حمله إلى داره ، فيصير ذلك كالمشروط ، وهذا الخلاف له تعلق بمسألة السر والعلانية فى الصداق ونظائرها .

(فرع) الشرط المقارن للعقد يلحقه ، فان كان شرطا صحيحا لزم الوفاء به ، وإن كان فاسدا أفسد العقد (وأما) الشرط السابق فلا يلحق العقد ، ولا يؤثر فيه ، فلا يلزم الوفاء به ، ولا يفسد العقد به إن كان شرطا فاسدا ، لأن ما قبل العقد لغو ، هكذا نص عليه وقطع به الأصحاب (وأما) الشرط الذى يشترط بعد تمام العقد فان كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فهو لغو قطعا ، وإن كان قبله فى مدة خيار المجلس أو الشرط فثلاثة أوجه (أحدها) لا يلحق وصححه المتولى (والثانى) يلحق فى خيار المجلس دون خيار الشرط . قاله الشيخ أبو زيد والقفال (والثالث) وهو الصحيح عند الجمهور ، وبه قطع أكثر العراقيين ، يلحق فى مدة الخيارين جميعا ، وهو ظاهر نص الشافعى .

فعلى هذا فى محل صحة الإلحاق وجهان (أحدهما) قاله أبو على الطبرى ، وصححه الشيخ أبو على السنجي والبغوى وغيرهما أنه مفرع على قولنا : الملك فى زمن الخيار للبائع ، أو موقوف وفسخ العقد فأما (إن قلنا :) للمشترى أو موقوف وأمضى العقد فلا يلحق كما يلحق بعد .

انقضاء الخيار والوجه (الثانى) أن جواز الإلحاق مطرد على الأقوال كلها وهذا هو الصحيح صححه العراقيون .

ولو ألحقا بالعقد زيادة فى الثمن أو المثمن أو ازدادا بباب[1] الخيار أو الأجل أو قدرهما أو فعلا ذلك فى المسلم فيه أو فى رأس مال السلم أو الصداق أو فى الإجارة أو غيرها من العقود ، فحكمه حكم إلحاق الصحيح الفاسد كما سبق ، فان كان بعد لزوم العقد فهو لغو ، وإن كان قبله ففيه الخلاف .

(فاذا قلنا :) يلحق فالزيادة تلحق الشفيع ، كما تلزم المشترى ، ولو حط من الثمن شيء فحكمه كذلك ، فان كان بعد لزوم العقد فلغو فلايسقط شيء من الثمن ، ويأخذ الشفيع بجميع ما سمى فى العقد ، ويختص المشترى بفائدة الحط ، وإن كان قبل لزوم العقد ففيه الخلاف ، فان ألحقناه بالعقد انحط عن الشفيع ولو حط جميع الثمن فهو كالبيع بلا ثمن ، وسبق حكمه فى أول البيوع ، وحيث فسد العقد لشرط فاسد ثم أسقطا الشرط لم ينقلب العقد صحيحا ، سواء كان الإسقاط فى المجلس أو بعده ، وحكى الرافعى وجها أنه ينقلب صحيحا بالإسقاط فى المجلس ، وهو شاذ ضعيف . والله سبحانه أعلم .

(**فـرع**) لو قال : بع عبدك لزيد بألف على أن على خمسمائة ، فباعه على هذا الشرط فوجهان (أصحهما) فساد البيع ، لأنه ينافى مقتضى البيع ، فان مقتضاه أن جميع الثمن على المشترى ، ولا يلزم غيره شيء (والثانى) يصح ويجب على زيد ألف وعلى الآمر خمسمائة بالتزامه ، وقد يكون له غرض صحيح فى ذلك ، فهو كما لو قال : ألق متاعك فى البحر وعلى كذا عند إشراف السفينة على الغرق بسبب ذلك المتاع ، وكما لو خالع الأجنبى

---

(١) كذا بالأصل ولعل المراد بباب من أبواب الخيار أو الاجل او قدرهما وقد مرت بك انواع الخيار والاجل .
المطيعى

بمال فى ذمته (أما) إذا قال : بع عبدك لزيد بألف فى ذمتى ، فباعه كذلك ، فالبيع باطل قطعا •

(فــرع) قد ذكرنا أنه يصح البيع بشرط الرهن والكفيل والإشهاد ، فيصح البيع بشرط أن يرهن المشترى بالثمن ، أو يقيم كفيلا به ، أو يشهد عليه سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا ، ويجوز أيضا أن يشرط المشترى على البائع كفيلا بالعهدة ، ويشترط تعيين الرهن والكفيل ، والمعتبر فى الرهن المشاهدة أو الوصف بصفة المسلم فيه وفى الـكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ، ولا يكفى الوصف ، كقوله : رجل موسر ثقه ، هكذا ذكره الأصحاب ونص عليه ونقله الرافعى عنهم ثم قال : ولو قال قائل : الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف لم يكن مبعدا ، وقال ابن كج : لا يشترط تعيين الكفيل ، فاذا أطلق أقام من شاء كفيلا وهذا شاذ مردود لأن الغرض يختلف به اختلافا ظاهرا ، ولا يشترط تعيين الشهود على أصح الوجهين ، وادعى إمام الحرمين أنه لا يشترط قطعا ، وجعل الخلاف فى أنه لو عين شهودا هل يتعينون ؟•

ولا يشترط كون المرهون عند المرتهن ، أو عنـد عدل على أصح الوجهين بل إن اتفقا على يد المرتهن ، أو عدل ، وإلا جعله الحاكم فى يد عدل (والثانى) يشترط ليقطع النزاع ، فلو لم يرهن المشترى ما شرطه ، أو لم يشهد ، أو لم يقم كفيلا أو لم يتكفل الذى عينه لم يجبر على شىء من ذلك بل للبائع الخيار فى فسخ البيع ولا يقوم رهن آخر ولا كفيل آخر مقام المعين ، فان فسخ فذاك ، وإن أجاز لزم البيع ، ولا خيار للمشترى • ولو عين شاهدين فامتنعا من التحمل ــ فان قلنا : يشترط تعيينهما ــ فللبائع الخيار وإلا فلا •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فيمن باع شيئا بشرط ينافى مقتضاه ، بأن شرط أن لا يبيعه أو لا يبيعه لغيره أو لا يطأها أو لا يزوجها أو يخرجها

من البلد . قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلان هذا البيع وسواء شرطا واحدا أم شرطين ، وبه قال ابن عمر وعكرمة والأوزاعى ومالك وأبو حنيفة وجماهير العلماء ، قال الماوردى : هو مذهب جميع الفقهاء ، وقال ابن سيرين وعبد الله بن شبرمة التابعيان وحماد بن أبى سليمان : البيع صحيح والشرط صحيح وقال الحسن البصرى والنخعى وابن أبى ليلى وأبو ثور وابن المنذر : البيع صحيح والشرط باطل لاغ .

وقال أحمد وإسحق : إن شرطا شرطا واحدا من هذه الشرائط ونحوها صح البيع ولزم الشرط ، وإن شرطا شرطين فأكثر بطل البيع وإلا فلا ، فاذا باع ثوبا بشرط أن يخيطه البائع ويقصره فهما شرطان ، فيبطل العقد ، فان شرط أحدهما فقط صح ولزم .

واحتج من صحح البيع وأبطل الشرط بقصة بريرة فى قوله ﷺ: «واشترطى لهم الولاء » رواه البخارى ومسلم قالوا : فصحح النبى ﷺ البيع وأبطل الشرط . واحتج من صححهما بحديث جابر رضى الله عنه أنه قال : « كنت مع النبى ﷺ فى سفر فاشترى منى جملا واستثنيت حملانه يعنى ركوبه إلى أهلى » رواه البخارى ومسلم . وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال : « المسلمون على شروطهم » رواه أبو داود باسناد حسن أو صحيح .

واحتج أحمد بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » حديث صحيح رواه أبوداود والترمذى والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

واحتج أصحابنا بحديث عائشة فى قصة بريرة رضى الله عنهما أن النبى ﷺ خطب فقال : « ما بال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط فهو باطل ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » رواه البخارى ومسلم وبحديث النهى عن بيع وشرط ، وبالأثرين المذكورين فى الكتاب عن عمر رضى الله عنه وهما صحيحان كما سبق لأنه شرط يمنع كمال التصرف فأبطل البيع كما لو شرط أن يسلم بعض المبيع دون بعض .

(والجواب) عن قصة بريرة بجوابين (أحدهما) أن الشرط لم يكن فى نفس العقد بل كان سابقا أو متأخرا (والثانى) أن معنى اشترطى لهم أى عليهم وهذا منقول عن الشافعى رضى الله عنه والمزنى وغيرهما .

(والجواب) عن قصة جابر من وجهين (أحدهما) أنه لم يكن بيعا مقصودا وإنما أراد النبى ﷺ بره والإحسان إليه بالثمن على وجه لا يستحى من أخذه وفى طرق الحديث دلالة على هذا (والثانى) أن الشرط لم يكن فى نفس العقد ، ولأنها قضية عين يتطرق إليها احتمالات ولا عموم لها ، فلا دلالة فيها مع أن الحديث فيه اضطراب .

(والجواب) عن حديث : « المسلمون على شروطهم » أنه عام مخصوص والمراد به الشروط الجائزة وليس هذا منها .

(والجواب) عن حديث عمرو بن شعيب أن هذا مفهوم اللقب والصحيح الذى عليه الأكثرون أنه لا يدل على نفى الحكم عما عداه فلا يلزم النهى « عن بيع وشرطين » جواز شرط واحد فهذا هو الجواب المعتمد ، وأما الخطابى وغيره فمعناه أن يقول بعتك هذا بدينار نقدا وبدينارين نسيئة فيكون بمعنى بيعتين فى بيعة وحملهم على هذا التأويل أن العلة فى النهى عن شرطين موجودة فى شرط وهى الغرر .

(فرع) فى مذاهبهم فيمن اشترى شيئا شراء فاسدا .

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يملكه ولا يصح تصرفه فيه ، ويلزمه رده ، فان تلف لزمه بدله وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة : يملكه بالقبض ملكا ضعيفا خبيثا ، ويصح تصرفه ، ويلزم كل واحد منهما فسخ الملك ورد العوض على صاحبه ، وحقيقة مذهبه أنه لا يملكه بالعقد ، ولا يجب الإقباض ، فان أقبضه ملكه ملكا ضعيفا ، ومعناه أن للبائع انتزاعه عن المشترى لكن لو تصرف فيه المشترى قبل ذلك ببيع أو عتق أو غيرهما نفذ تصرفه ، فان تلف عنده ضمنه بالقيمة ، هذا إذا اشتراه بشرط فاسد أو بخمر أو خنزير ، قال فان اشتراه بميتة أو دم أو عذرة أو نحو ذلك مما ليس هو مالا عند أحد من الناس لم يملكه أصلا ، ولم يصح تصرفه ، فوافقنا فى الدم ونحوه وشبهه ، واحتج له بقصة بريرة ، فان « عائشة رضى الله عنها شرطت لهم الولاء » وهو شرط فاسد بالاتفاق ، ثم أعتقها ونفذ عتقها ، وأقر النبى ﷺ كل ذلك . وقياسا على النكاح فان الوطء فى فاسده يترتب عليه أحكام الوطء فى صحيحه وقياسا على الكتابة فان فاسدها كصحيحها فى حصول العتق إذا وجدت الصفة .

واحتج أصحابنا بقوله تعالى : ([1] الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) فلو كان المقبوض بعقد فاسد يملكه ، لما توعده . وقياسا على ما إذا اشتراه بميتة أو دم . ولأن كل قبض أوجب ضمان القيمة لم يحصل به شرط الخيار عند تمنع حصول الملك فى الصحيح والفاسد .

(والجواب) عن قصة بريرة من أوجه (أحدها) أن الشرط لم يكن فى نفس العقد (والثانى) أن لهم بمعنى عليهم (والثالث) هو اختيار

(١) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

الشيخ أبي حامد والمحققين أن هذا الشرط والعقد كانا خاصة في قصة عائشة لمصلحة قطع عادتهم ، كما جعل فسخ الحج إلى العمرة خاصا بالصحابة في حجة الوداع لمصلحة بيان جواز العمرة في أشهر الحج .

(والجواب) عن قياسهم على النكاح أنا لا نسلم ما ادعوه وأن الأحكام في النكاح تتعلق بمجرد العقد لا بالوطء ، ولهذا يملك به الطلاق والظهار والخلع بخلاف الفاسد ، وقد أجمعنا على أنه لا يملك البضع بالوطء في النكاح الفاسد (وأما) ما تعلق به من وجوب المهر ولحوق النسب والعدة وسقوط الحد ، فلم يمكن ذلك بسبب العقد ، بل لكونه وطء شبهة ، ولهذا تترتب هذه الأحكام على وطء الشبهة من غير عقد .

(والجواب) عن قياسهم على الكتابة أن العتق حصل بوجود الصفة لا بالعقد ، ولهذا لو مات السيد بطلت الصفة ولم يعتق بالأداء إلى الوارث .

(فرع) في مذاهبهم فيمن باع دارا أو عبدا أو بهيمة واستثنى منفعة مدة معلومة ، قد ذكرنا أن الصحيح المشهور في مذهبنا بطلان البيع ، وبه قال أبو حنيفة وفقهاء العراق ، وقال الأوزاعي وأحمد وإسحق : يصح البيع ويثبت الشرط ، وبه قال أربعة من أئمة أصحابنا الفقهاء المحدثين ، أبو ثور ، ومحمد بن نصر ، وأبو بكر بن خزيمة وابن المنذر ، ونقله ابن المنذر عن أصحاب الحديث ، وروى نحوه عن عثمان وصهيب رضي الله عنهما وقال مالك : إن شرط مدة قريبة كالشهر والشهرين ، أو ركوب الدابة إلى مكان قريب جاز ، وإن كانت مدة طويلة أو مكانا بعيدا فمكروه .

واحتج المجوزون بحديث جابر السابق وبالقياس على من باع نخلا عليها ثمرة غير مؤبرة ، واستثنى البائع الثمرة له ، فانه يصح البيع وتبقى

الثمرة على النخل إلى أوان الجذاذ ، وهذا استثناء لمنفعة البيع ، واحتج اصحابنا بما سبق ، وأجابوا عن حديث جابر بما سبق ، وعن الإجارة بأنه ليس باستثناء ، بل المنافع كانت مستحقة قبل البيع ، وعن النخل أنها ليس باستثناء منفعة ، بل هو استثناء جزء معلوم من عين المبيع •

(فـرع) فى مذاهبهم فيمن باع سلعة ، وقال فى العقد للمشترى : إن لم تأت بالثمن فى الوقت الفلانى فلا بيع بيننا ، فمذهبنا بطلان هذا البيع ، وحكى ابن المنذر عن الثورى وأحمد وإسحق أنه يصح البيع والشرط ، قال : وبه قال أبو ثور إذا كان الشرط ثلاثة أيام ، وروى مثله عن ابن عمر ، وبه قال أبو حنيفة : إن كان الوقت ثلاثة أيام صح البيع وبطل الشرط ، وإن كان أكثر فسد البيع ، فان نقده فى ثلاثة أيام صح البيع ولزم ، وقال محمد : يجوز نحو عشرة أيام ، قال : وقال مالك : إن كان الوقت نحـو يومين وثلاثة جاز ، دليلنا أنه فى معنى تعليق البيع فلم يصح •

باب تفريق الصــفقة

الصفقة هى عقد البيع ، لأنه كان عادتهم أن يضرب كل
واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(إذا جمع فى البيع بين ما يجوز بيعه وبين مالا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ، ففيه قولان :

(أحدهما) تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه فى أحدهما باولى من تصحيحه فيهما لصحته فى أحدهما ، فبطل حمل أحدهما على الآخر وبقيا على حكمهما ، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز .

(والقول الثانى) أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقــد فيهما ، واختلف أصحابنا فى علته فمنهم من قال : يبطل لأن العقد جمع حلالا وحــراما فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين فى النكاح أو باع درهما بدرهمين ، ومنهم من قال : يبطل لجهالة الثمن ، وذلك انه إذا باع حرا وعبدا بألف ، سقط ما يخص الحر من الثمن فيصير العبد مبيعا بما بقى ، وذلك مجهول فى حال العقد ، فبطل، كما لو قال : بعتك هذا العبد بحصته من الف درهم (فإن قلنا) بالتعليل الأول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة ، كالعبدين ، وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره ، أو كرين من طعـام أحدهما له والآخر لغيره ، وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز فى الرهن أو الهبة أو النكاح ، بطل فى الجميع ، لأنه جمع بين الحلال والحرام .

(وإن قلنا) إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع ، فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول ، ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه ، ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله (فإن قلنا) : إن العقــد يبطل فيهما ، رد المبيع واسترجع الثمن .

(وإن قلنا) إنه يصح فى أحدهما فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه، لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار ، فإن اختــار الإمساك فبكم

يمسك ؟ فيه قولان (أحدهما) يمسك بجميع الثمن ، أو يرد ، لأن مالا يقابل العقد لا ثمن له ، فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر (والثاني) أنه يمسكه بقسطه ، لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتهما ، فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما ، واختلف أصحابنا في موضع القولين (فمنهم) من قال : القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة ، فاما ما يتقسط العوض عليه بالأجزاء فإنه يمسك الباقي بقسطه من الثمن ، قولا واحدا ، لأن فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول ، فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن في مقابلته ليصير معلوما ، وفيما يتقسط الثمن عليه بالأجزاء ما يخص الجائز معلوم ، فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن في مقابلته (ومنهم) من قال : القولان في الجميع ، وهو الصحيح ، لأنه نص على القولين في بيع الثمرة قبل ان تخرج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء .

(فإن قلنا) يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار ، لأنه لا ضرر عليه (وإن قلنا) يمسك بحصته ، فهل للبائع الخيار ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أن له الخيار ، لأنه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار ، كما يثبت للمشترى .

(والثانى) لا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة ، لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن وإن باع مجهولا ومعلوما (فإن قلنا) لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما (وإن قلنا) تفرق ، وقلنا : إنه يمسك الجائز بحصته ، بطل البيع فيه ، لأن الذى يخصه مجهول (وإن قلنا) يمسكه بجميع الثمن صح العقد فيه .

وإن جمع بين حلالين ثم تلف احدهما قبل القبض بطل البيع فيه ، وهل يبطل في الباقي ؟ فيه طريقان :

(أحدهما) انه على القولين في تفريق الصفقة ، لأن ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في إبطال العقد فوجب أن يكون كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه .

(والثانى) لا يبطل إلا فيما تلف لأن في الجمع بين الحلال والحرام إنما بطل للجهل بالعوض ، أو للجمع بين الحلال والحرام في العقد ، ولا يوجد ههنا واحد منهما ، فعلى هذا يصح العقد في الباقي وللمشترى الخيار في فسخ العقد لأنه تفرقت عليه الصفقة ، فإن أمضاه أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولا واحدا لأن العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك) .

(الشرح) تفريق الصفقة باب مهم يكثر تكرره والحاجة إليه ، والفتاوى فيه ، فأنا ألخص مقاصده وأوضحه إن شاء الله تعالى ، فاذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان :

(أحدهما) أن تجمعهما فى عقدين مختلفى الحكم ، وهذا هو الذى ذكره المصنف فى الفصل الذى بعد هذا (والثانى) أن تجمعهما فى عقد واحد ، وهذا الضرب له حالان :

(أحدهما) يقع التفريق فى الابتداء (والثانى) فى الانتهاء ، فالحال الأول ينظر فيه إن جمع فيه شيئبن يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع ، كجمع أختين أو خمس نسوة فى عقد نكاح ، فالعقد باطل فى الجميع بلا خلاف ، وإن جمع بين ما لا يمتنع جمعهما ، فان كان كل واحد منهما قابلا للعقد ، بأن جمع عينين له كعبد وثوب ، أو من جنس لكنهما مختلفا القيمة كعبدين ، وزع الثمن عليهما باعتبار القيمة ، وإن كانا من جنس متفقى القيمة ، كقفيزى حنطة واحدة وزع الثمن عليهما باعتبار الأجزاء .

وإن كان أحدهما قابلا للبيع دون الآخر ، فهذه مسألة الكتاب ، فالذى ليس قابلا للبيع قسمان :

(أحدهما) أن يكون متقوما ، كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة ، فلا يصح البيع فى عبد غيره ، وفى صحته فى عبده قولان مشهوران (أحدهما) لا يصح (وأصحهما) يصح (فان قلنا :) لا يصح ففى علته وجهان ، وقيل : قولان (أصحهما) الجمع بين حلال وحرام ، فصار كمن باع درهما بدرهمين ، أو جمع فى عقد النكاح بين أختين أو خمس نسوة (والثانية) جهالة العوض القابل للحلال ، فيصير كما لو قال : بعتك هذا العبد بما يخصه من الألف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان ، فانه لا يصح قطعا ، قال إمام الحرمين : لا يصح بالإجماع .

(وإن قلنا :) يصح فوجهه أنه يصح العقد عليه لو أفرده ، فلا يتغير حكمه بضم غير ماله ، كما لو باع شقصا وسيفا ، فانه تثبت الشفعة فى الشقص بلا خلاف ، كما لو أفرده ، ولأنه ليس له إلحاق ما يقبل البيع بالآخر بأولى من عكسه (والجواب) عن العلة الأولى بأنها منكرة بمن باع شقصا وسيفا ، ولأنه ليس أحد الدرهمين وإحدى الأختين أو الخمس بأولى من مشاركه ، فبطل فى الجميع بخلاف مسألتنا (والجواب) عن الثانية أن المسمى وقع فى العقد معلوما ، وسقط بعضه لمعنى فى العقد ، فلم يفسد العقد ، كما إذا رجع بأرش العيب .

(القسم الثانى) أن لا يكون متقوما ، وهو نوعان (أحدهما) يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع حرا وعبدا فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقا ، وفى هذا النوع طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعة من غيرهم أنه على القولين (أصحهما) الصحة (والطريق الثانى) القطع بالفساد ، لأن الحر ونحوه غير قابل للبيع بحال . ولو باع عبده ومكاتبه أو أم ولده ، وقلنا لا يصح بيعهما ، فهو كما لو باع عبده وعبد غيره ،فيكون على قولين ، لأن المكاتب وأم الولد متقومان بدليل وجوب قيمتهما على متلفهما (النوع الثانى) أن لا يتأتى تقدير تقويمه من غير تقدير تغير الخلقة ، كمن باع خلا وخمرا ، أو مذكاة وميتة ، أو شاة وخنزيرا ، ففى صحة البيع فى الخل والمذكاة والشاة طريقان (أصحهما) طرد الطريقين السابقين فيما إذا جمع حرا وعبدا (والثانى) القطع بالفساد لأنه لابد فى التقويم من التقدير بغيره ، فلا يكون المقوم هو المذكور فى العقد ، والمذهب الصحة .

ولو باع شيئا يتوزع الثمن على أجزائه ، بعضه له وبعضه لغيره ، كعبد أو صاع حنطة ، له نصفهما ، أو صاعى حنطه له أحدهما صفقة واحدة ، ففيه خلاف مرتب على ما إذا باع عبدين له أحدهما (فإن قلنا)

يصح هناك فى ملكه فهنا أولى ، وإلا فقولان ــ إن عللنا بالجمع بين حلال وحرام ــ لم يصح ، وإن عللنا بالجهالة صح ، لأن حصة المملوك معدومة لا تتوقف على التقويم الذى لا يفيد إلا ظنا •

ولو باع الثمار التى وجبت فيها الزكاة ، ففى صحة البيع فى قدر الزكاة خلاف سبق فى كتاب الزكاة (الأصح) لا يصح ، فعلى هذا الترتيب فى الباقى كما ذكرنا فيمن باع عبدا له نصفه ولو باع أربعين شاة وجبت فيها الزكاة وقلنا بالأصح : إنه لا يصح البيع فى قدر الزكاة ، والترتيب فى الثانى كما سبق ، فيمن باع عبده وعبد غيره •

(فــرع) المذهب فى صحة البيع فيما نقلناه من جميع هذه الصور السابقة ، هكذا صححه الجمهور ، سواء كان ذلك مما يتوزع الثمن على أجزائه كعبد له نصفه ، وكذا صاع حنطة وثوب ، وصاعى حنطة من صبرة مستوية له أحدهما ، أو كان مما يتوزع عليه بالقيمة كعبده وعبد غيره . أو عبده وحر ، أو كخل وخمر ، وميتة ومذكاة ، وخنزير وشاة . وغير ذلك (فالصحيح) صحة البيع فى جميع هــذه الصور عنــد الجمهور ، قال الرافعى : توسطت طائفة من الأصحاب بين قولى تفريق الصفقة فقالوا : (الأصح) الصحة فى المملوك إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على أجزائه ، والفساد فيما يتوزع على قيمته ، قال : وقال الأكثرون الأصح الصحة فى القسمين •

(فــرع) لا فرق فى جريان الخلاف فى المســائل السابقة بين أن يكون العاقدان عالمين بالحال أو جاهلين ، هذا هو المذهب الذى صرح به كثيرون واقتضاه كلام الباقين ، وقال الشيخ أبو محمد فى مسألة الجمع بين حر وعبد : الخلاف مخصوص بما إذا كان المشترى جاهلا بحقيقــة الحال (فأما) إذا كان عالمــا فالوجه القطع بالبطلان ، كما لو قال : بعتك

عبدى هذا بما يخصه من الألف لو وزع عليه وعلى عبد فلان ، قال إمام الحرمين : هذا الذى قاله شيخى أبو محمد غير سديد ، بل الوجه طرد القولين ، واختار الغزالى قول أبى محمد ، وهو شاذ .

(فرع) لو رهن عبده وعبد غيره ، أو عبده وحرا ، أو وهبهما ، أو زوج موليته وغيرها ، أو مسلمة ومجوسية ، أو حرة وأمة ، لمن لا تحل له الأمة ، فان صححنا البيع فى الذى يملكه ، فهنا أولى ، وإلا فقولان بناء على العلتين ــ إن عللنا بجهالة العوض ــ صح إذ لا عوض هنا ، وإن عللنا بالجمع بين حلال وغيره فلا ، وإن شئت قلت : فيه طريقان (المذهب) الصحة .

(والثانى) فيه قولان ، ولو جمع فى شهادته بين مقبول وغيره كشهادته لابنه وأجنبى ففى قبولها فى حق الأجنبى هذا الخلاف (المذهب) القبول .

(فرع) إذا باع ماله وغيره ، وصححنا العقد فى ماله ، فان كان المشترى جاهلا بالحال فله الخيار فى فسخ البيع ، فان فسخ فذاك ، وإن أجاز فكم يلزمه من الثمن ؟ فيه قولان مشهوران (أصحهما) صحة حصة المملوك فقط إذا وزع على القيمتين ، لأنه لم يبذل جميع العوض إلا فى مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه فى مقابلة أحدهما (والثانى) يلزمه جميع الثمن ، لأن ما لا يقبل العقد لا ثمن له ، فيصير العوض فى مقابلة الآخر .

ثم فى موضع القولين طريقان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) أنهما مخصوصان بما إذا كان المبيع مما يتقسط الثمن عليه بالقيمة فان كان مما يتقسط على أجزائه فالواجب القسط قطعا ، لأن حصته معلومة من غير تقويم (وأصحهما) طرد القولين فى الحال ، ورجح المصنف

والأصحاب هذا الطريق ، لأن الشافعى نص فى كتاب الأم وغيره على القولين فى بيع الثمرة قبل إخراج الزكاة ، والثمرة يتقسط الثمن عليها بالأجزاء ، فان المصنف والأصحاب : (فان قلنا :) الواجب جميع الثمن فلا خيار للبائع ، لأنه لا ضرر عليه (فان قلنا) بالقسط فوجهان . قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : وقيل : هما قولان (أحدهما) له الخيار لتبعيض الثمن (وأصحهما) لا خيار له ، لأنه لم يلحقه نقص فيما يخص ملكه .

هذا كله إذا كان المشترى جاهلا ، فان كان عالما بالحال فلا خيار له قطعا كما لو اشترى معيبا عالما بعيبه ، وفيما يلزمه من الثمن طريقان (المذهب) أنه على القولين (أصحهما) القسط (والثانى) جميعه (والطريق الثانى) القطع بجميع الثمن ، لأنه التزمه عالما ، وهذا فاسد ، فانه إنما التزمه فى مقابلة العبدين فلم يلزمه فى مقابلة الحلال إلا حصته .

ولو اشترى عبدا وحرا ، أو خلا وخمرا ، أو مذكاة وميتة ، أو شاة وخنزيرا ، وصححنا العقد فيما يقبله ، وكان المشترى جاهلا بالحال فأجاز ، أو عالما ، ففيما يلزمه الطريقان (المذهب) طرد القولين (أصحهما) القسط (والثانى) الجميع (والطريق الثانى) الجميع ، وهذا الطريق ــ وإن كان فيه احتمال فى صورة العلم ــ فهو غلط فى صورة الجهل ، وهذا الطريق قول صاحب التلخيص وابن أبى هريرة والماوردى ، وممن حكاه الدارمى وأبو على الطبرى فى الإفصاح والبغوى ، وإن أوجبنا القسط فى هذه الصورة ففى كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء أوجه (أشهرها) وبه قطع الدارمى والبغوى وآخرون ، ونقله إمام الحرمين عن طوائف من أصحاب القفال ، أنه يقدر الحر عبدا والميتة مذكاة والخنزير شاة ، ويوزع الثمن عليهما باعتبار الأجزاء (والثانى) يقدر الخمر خلا والخنزير بقرة (والثالث) ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها

قيمة ، وصحح الغزالى هذا الوجه ، وهو احتمال لإمام الحرمين ، وضعفه الإمام فقال : وكل هذا خبط ، والله سبحانه أعلم .

ولو نكح مسلمة ومجوسية ، حرة وأمة فى عقد ، وصححنا نكاح المسلمة الحرة فطريقان ، المذهب وبه قطع الجماهير أنه لا يلزمه جميع المسمى ، وله الخيار فى رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل ، حكاه إمام الحرمين عن الشيخ أبى على السنجى ، وضعفه جدا ، وقال : هذا لم أره لغيره وهو ضعيف جدا لأن فيه إجحافا بالزوج ، لأنه لا خيار له فى النكاح .

(وأما) تخييره فى رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل فلا يزول به الإجحاف ، لأن مهر المثل قد يكون بقدر المسمى أو أكثر (فاذا قلنا) بالمذهب : إنه لا يلزمه جميع المسمى ، ففيما يلزمه قولان (أصحهما) مهر المثل (والثانى) قسطها من المسمى ، إذا وزع على مهر مثلها ، ومهر مثل المجوسية أو الأمة ، وإذا اختصرت الخلاف جاء ثلاثة أقوال كما حكاه الشيخ أبو على وإمام الحرمين (أصحها) الواجب مهر المثل (والثانى) قسطها من المسمى (والثالث) جميع المسمى ، وهو شاذ ضعيف .

(فرع) لو باع ربويا بجنسه خرج بعض أحد العوضين مستحقا ، وصححنا العقد فى الباقى ، فأجاز المشترى فالواجب قسطه من الثمن بلا خلاف لأن المفاضلة بينهما حرام ، كذا نقله البغوى وغيره .

(فرع) لو باع معلوما ومجهولا بثمن واحد ، كقوله : بعتك هذا العبد وعبدا آخر ، والجميع له ، لم يصح فى المجهول قطعا (وأما) المعلوم فقال المصنف والأصحاب يبنى على ما لو كانا معلومين ، وأحدهما ليس له (فان قلنا :) هناك لا يصح فيما هو له لم يصح هنا فى المعلوم (وإن قلنا :) هناك يصح ، فهنا قولان بناء على أنه كم يلزمه من الثمن ؟ (إن

قلنا :) جميعه ، صح ولزمه هنا أيضا جميع الثمن (وإن قلنا :) القسط وهو الأصح لم يصح هنا فى المعلوم ، لتعذر التقسيط ، وحكى البغوى والرافعى وغيرهما هذا قولا شاذا أنه يصح فى المعلوم ، ويثبت للمشترى الخيـار ، فان أجاز لزمه جميع الثمن قطعا ، والمذهب فسـاد البيع فى المعلوم .

(فـرع)[1] محل الفرعين فى مسائل الكتاب إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تعددت ، حتى لو باع ماله فى صفقة ، ومال غيره فى صفقة أخرى ، فيصح فى ماله بلا خلاف ، وطريق بيان تعددها واتحـادها أن يقول إذا سمى لكل واحد من الشيئين ثمنا مفصلا فقال : بعتك هذا بألف ، وهذا بمـائة ، فهما عقدان متعددان ، فيصح فى ماله بلا خلاف ، ويجب ما سمى له بلا خلاف ، فلو جمع المشترى فى القبول فقال : قبلتهمـا أو قبلت ، فطريقان حكاهما البغوى وغيره (أحدهما) الصفقة متحدة فيكون فيه القولان (وأصحهما) وبه قطع الأكثرون أنها متعددة ، فيصح فى ماله بما سـمى له ، لأن القبول يترتب على الإيجـاب ، إذا وقع مفرقا وكذلك القبول .

وتتعدد الصفقة أيضا بتعدد البائع ، فان اتحد المشترى والمعقود عليه ، كما إذا باع رجلان عبدا لرجل صفقة واحدة ، وهل تتعدد بتعدد المشترى مثل أن يشترى رجلان من رجل عبدا ؟ فيه قولان (أصحهما) تتعدد كالبائع (والثانى) لا ، لأن المشترى يبنى على الإيجاب السابق بالنظر إلى ما وجب وهو واحد . وللتعدد والاتحاد فوائد غير ما ذكرنا .

(منها) إذا حكمنا بالتعدد فوزن أحد المشترين نصيبه من الثمن ،

---

(1) « تنبيه » هذا الفرع عبارته هكذا فى الأصل فانظر وحرر قلت : ولعله يقصد بالفرعين هنا فرعى الصفقة أى صفقة لها : وجها صحة وبطلان او جائز وغيره والله أعلم . المطيعى

لزم البائع تسليم نصيبه إليه من المبيع تسليم المشاع (وإن قلنا :) بالاتحاد لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما ، وإن وزن جميع ما عليه حتى يزن الآخر لثبوت حق الحبس كما لو اتحد المشترى وسلم بعض الثمن لا يجب تسليم قسطه من المبيع ، وفيه وجه ضعيف حكاه إمام الحرمين والغزالى أنه يجب أن يسلم إليه القسط فى المقيس والمقيس عليه ، إذا كان قابلا للقسمة ، وهذا شاذ .

(ومنها) إذا قلنا بالتعدد ، فخاطب رجل رجلين فقال : بعتكما هذا العبد بألف ، فقبل أحدهما نصفه بخمسمائة ، أو قال مالكا عبد لرجل : بعناك هذا العبد بألف ، فقبل نصيب أحدهما بعينه بخمسمائة (فوجهان حكاهما) البغوى وغيره (أصحهما) بطلان العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب (والثانى) صحته ، كما يجوز لأحد المشترين رد نصيبه من المعيب .

ولو قال لرجلين : بعتكما هذين العبدين بألف ، فقال أحدهما : قبلت هذا بخمسمائة ، لم يصح قطعا ، كما لو قال : بعتك هذا بألف ، فقبل نصفه بخمسمائة ، أو بعتك هذين العبدين ، فقبل أحدهما بخمسمائة أو بما يخصه من الألف ، لم يصح ، قال الشيخ أبو على وإمام الحرمين والغزالى والبغوى : وهذا بخلاف ما لو قال ولى المرأتين : زوجتكما بألف ، فقبل إحداهما بعينها فانه يصح النكاح فيهما .

ولو وكل رجلان رجلا فى البيع أو الشراء ، وقلنا : الصفقة تتعدد بتعدد المشترى ، أو وكل الرجل رجلين فى البيع أو الشراء ، فهل الاعتبار فى تعدد العقد واتحاده بالعاقد ؟ أم المعقود له ؟ فيه أربعة أوجه (أصحها) وبه قال ابن الحداد ، ونقل الرافعى تصحيحه عن الأكثرين أن الاعتبار بالعاقد لأن أحكام العقد تتعلق به ألا ترى أن المعتبر رؤيته دون رؤية الموكل ؟ وكذا خيار المجلس يتعلق به دون الموكل ؟

(والثانى) الاعتبار بالمعقود له قاله الشيخ أبو زيد وأبو عبد الله الخضرى وصححه الغزالى فى الوجيز لأن الملك له •

(والثالث) الاعتبار فى طرف البيع بالمعقود له وفى الشراء بالعاقد وهو قول أبى إسحق المروزى والفرق أن العقد يتم فى الشراء بالمباشر دون المعقود له ، ولهذا لو أنكر المعقود له الإذن فى المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع • قال إمام الحرمين رحمه الله : وهذا الفرق هو فيما إذا كان التوكيل بالشراء فى الذمة فان وكله فى شراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع •

(والرابع) الاعتبار فى جانب الشراء بالموكل وفى البيع بهما جميعا فانهما إن تعددا تعدد العقد اعتبارا بالشقص المشفوع فان العقد يتعدد بتعدد الموكل فى حق الشفيع لا بتعدد الوكيل ويتفرع على هذه الأوجه مسائل :

(منها) لو اشترى شيئا بوكالة رجلين فخرج معيبا ، فان اعتبرنا العاقد فليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد وهل لأحد الموكلين وأحد الابنين طلب الأرش ؟ ينظر « إن وقع الناس بمن رد الآخر بأن رضى به أو تلف »[1] فله وإلا فوجهان (أصحهما) له أيضا •

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا ليبيع عبدا لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الجميع ، فخرج معيبا فعلى الوجه الأول لا يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما فقط وعلى الأوجه الأخرى يجوز • ولو وكل رجل رجلين فى بيع عبده فباعاه لرجل فعلى الوجه الأول يجوز للمشترى

---

(١) هذه العبارة هكذا بالاصل محرر قلت : ما يفهم من هذه العبارة الغامضة بعد النظر فى الجملة كلها هو : ينظر ان وقع التفريق بين الموكلين بأن رد احدهما دون الآخر لرضاه به أو لتلفه فى يده فله والا فوجهان •
المطيعى

رد نصيب أحدهما وعلى الأوجه الأخرى لا يجوز ، ولو وكل رجلان رجلا فى شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا فعلى الوجه الأول والثالث ليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد ، وعلى الثانى والرابع يجوز ، وقال القفال : إن علم البائع أنه يشترى لهما فلأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتشقيص ، وإن جهله فلا .

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا فى بيع عبد ، ورجلان رجلا فى شرائه فتبايعه الوكيلان فخرج معيبا ، فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق ، وعلى الوجه الآخر يجوز ، ولو وكل رجل رجلين فى بيع عبد ، ووكل آخر آخرين فى شرائه فتبايعه الوكلاء ، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق وعلى الوجه الآخر لا يجوز ، والله تعالى أعلم .

(الحال الثانى) أن يقع التفريق فى الانتهاء وهو صنفان اختيارى وغيره فالاختيارى هو فيما إذا اشترى شيئين صفقة فوجد بأحدهما عيبا ، وقد ذكره المصنف فى باب المصراة والرد بالعيب ، وسنشرحه بفروعه هناك إن شاء الله تعالى[1] . (وأما) غير الاختيارى فمن صوره إذا اشترى عبدين أو ثوبين ونحوهما ، أو ثوبا وعبدا ، فتلف أحدهما قبل القبض دون الآخر فينفسخ العقد فى التالف بلا خلاف ، وفى الباقى طريقان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أحدهما) أنه على القولين فيمن باع عبده وعبد غيره ، لأن ما يحدث قبل القبض كالموجود فى حال العقد فى إبطال العقد (وأصحهما) القطع بأنه لا ينفسخ لعدم علتى الفساد المذكورتين هناك .

(فاذا قلنا :) لا ينفسخ فللمشترى الخيار فى الفسخ فيه لتبعض الصفقة عليه ، فان أجاز فبكم يجيز ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع

---

(1) شاء الله أن يكون هذا من نصيب الامام تقى الدين السبكى فرحم الله الشيخين واجزل مثوبتهما . (ط)

المصنف والجمهور : لا يلزمه إلا قسط الباقى قولا واحدا ، لأن العوض هنا قابل المبيعين مقابلة صحيحة حال العقد ، وانقسم العوض عليهما ، فلا يتغير بهلاك بعضه (والثانى) فيه القولان فيمن جمع بين عبده وعبد غيره (أصحهما) التقسيط (والثانى) يلزمه جميع الثمن ، وهذا الطريق مشهور فى كتب الخراسانيين ؛ وذكره جماعات من العراقيين ، منهم القاضى أبو حامد والقاضى أبو الطيب والدارمى والماوردى وابن الصباغ وآخرون منهم ، وهو قول أبى إسحق المروزى إلحاقا للطارىء بالمقارن .

قال القاضى أبو الطيب وصاحب البيان وآخرون : (فان قلنا :) يلزمه جميع الثمن فلا خيار للبائع (وإن قلنا :) بالقسط ففى ثبوت الخيار له الوجهان السابقان (أصحهما) لا خيار له ولو اشترى عصيرا فصار بعضه خمرا قبل القبض ، فهو كتلف أحد العبدين والحكم ما سبق . ولو تفرقا فى السلم وقد قبض بعض رأس المال دون بعض ، أو فى الصرف وقد قبض البعض فهل ينفسخ فى الباقى ؟ فيه الطريقان (المذهب) لا ينفسخ. ولو قبض أحد العبدين ثم تلف الآخر فى يد البائع ففى الانفساخ فى المقبوض خلاف مرتب على الصور السابقة ، وهى إذا تلف أحدهما قبل قبض الآخر ، وهذا أولى بعدم الانفساخ لتأكد العقد فيه بانتقال ضمانه إلى المشترى . هذا إذا كان المقبوض باقيا فى يد المشترى ، فان تلف فى يده ثم تلف الآخر فى يد البائع ففى الانفساخ فى المقبوض خلاف مرتب على الصورة التى قبلها ، وأولى بعدم الانفساخ لتلفه من ضمان المشترى .

(وإذا قلنا) فى هذه الصورة بعدم الانفساخ ، فهل له الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم ، ويرد قيمته ويسترد الثمن إن كان سلمه (وأصحهما) لا ، بل عليه حصته من الثمن .

ولو اكترى دارا وسكنها بعض المدة ثم انهدمت ، انفسخ العقد فى المستقبل ، وفى المـاضى الخلاف الذى ذكرناه فى المقبوض التالف (المذهب) انه لا ينفسخ ، فعلى هذا هل له الفسخ ؟ فيه الوجهان (فان قلنا) لا فسخ ، وهو الأصح فعليه من المسمى حصـة المـاضى من المدة (وإن قلنـا) بالانفساخ أو قلنا له الفسخ ففسخ ، فعليه أجرة المثل للماضى ، ويسترد المسمى إن كان دفعه . ولو انقطع بعض المسلم فيه عنـد المحل ، وكان الباقى مقبوضا أو غير مقبوض ، وقلنا لو انقطع الجميع انفسخ العقد فيفسخ هنا فى المنقطع وفى الباقى الخلاف فيما إذا تلف أحد الشيئين قبل قبضهما .

(فاذا قلنا) لا ينفسخ فله الفسخ ، فان أجاز فيلزمه حصته من رأس المـال فقط (وإن قلنا :) لو انقطع الجميع لم ينفسخ العقد كان المسلم بالخيار إن شاء فسخ العقد فى الجميع ، وإن شاء أجازه فى الجميع ، وهل له الفسخ فى القدر المنقطع والإجازة فى الباقى ؟ فيه قولان (أصحهما) ليس له ، بناء على القولين فيمن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا هل له إفراده بالرد ؟ (الأصح) ليس له .

(فـرع) لو اشترى عبدين فأبق أحدهما قبل القبض لم يبطل البيع فى الثانى ، لأن البيع فى الآبق [1] .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن باع ما يملكه وغيره صفقة واحدة. ذكرنا مذهبنا وممن قال ببطلان العقـد فيهمـا مالك وأبو ثور وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة : إنجمعت الصفقة مالا وغيره كخل وخمر ، وعبد ، وحر ، وشاة وخنزير ، ومذكاة وميتة ، بطل العقد فى الجميع ، وإن جمعت مالا وماله حكم المـال كعبده وأم ولده بطل فى أم الولد

---

(1) كذا بالاصل فحرر (ش) قلت : ولعل السقط : لا يؤثر فى صحة البيع الثانى . المطيعى

وصح فى عبده لأن أم الولد فى حكم المـــال ، فإنها لو تلفت وجبت قيمتها لسيدها ، وقد يحكم حاكم بصحة بيعها ، قال : وإن جمعت ماله ومال غيره صح البيع فى ماله ، ووقف فى مال غيره على إجازته إن أجاز نفذ ، وإن رد بطل العقد فيه ، بناء على قاعدته ، وفى مذهب أحمد ثلاث روايات ، البطلان مطلقا ، والصحة مطلقا ، والأصح عندهم صحته فيما ينقسم الثمن على أجزائه وبطلانه فى غيره .

قال المصنف رحمـــه الله تعـــالى

(وإن جمع بين بيع وإجارة أو بين بيع وصرف ، أو بين عبدين بشرط الخيار فى أحدهما دون الآخر بعوض واحد ، ففيه قولان (أحدهما) انه يبطل العقدان ، لأن أحكام العقدين متضادة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل الجميع (والثانى) أنه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما ، على قـــدر قيمتها ، لأنه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم العقدين ، وهذا لا يمنع صـــحة العقد ، كما لو جمع فى البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه ، وإن جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد فالنكاح لا يبطل ، لأنه لا يبطل بفساد العـــوض ، وفى البيع قـــولان ، ووجههما ما ذكـــرناه . وإن جمع بين البيع والكتابة (فإن قلنا) فى البيع والإجارة : إنهما يبطلان بطل البيع والـــكتابة (وإن قلنا) : إن البيع والإجارة يصحان بطـــل البيع ههنا ، لأنه لا يجـــوز أن يبيع السيد من عبده ، وهل تبطل الكتابة ؟ يبنى على تفريق الصفقة (فإن قلنا) : لا تفرق بطل (وإن قلنا) : تفرق ، بطل البيع وصحت الكتابة) .

(الشرح) فيه ثلاث مسائل :

(إحداها) إذا جمع فى العقد مبيعين مختلفى الحكم كثوبين شرط الخيار فى أحدهما دون الآخر ، أو بين بيع وإجارة ، أو بيع وسلم ، أو إجارة وسلم ، أو صرف وغيره فقولان مشهوران (أصحهما) صحة العقد فيهما ، ويقسط العوض عليهما بالقيمة (والثانى) يبطل فيهما ، وصورة البيع والإجارة : بعتك عبدى وأجرتك دارى سنة بألف . وصـــورة البيع والسلم بعتك ثوبى ومائة صاع حنطة سلما بدينار ، وصورة الإجارة

والسلم : أجرتك داري سنة وبعتك مائة صاع سلما بمائة درهم • ولو باع حنطة وثوبا بشعير ففى صحة البيع القولان لأن التقابض فى الحنطة وما يقابلها من الشعير واجب ، ولا يجب فى الباقى ، فهو كبيع وصرف •

(والثانية) إذا جمع بيعا ونكاحا وقال : زوجتك جاريتى هذه وبعتك عبدى هذا بمائة ، وهو ممن تحل له الأمة ، أو قال : زوجتك بنتى وبعتك عبدها ، وهى فى حجره ، أو رشيدة وكلته فى بيعه ، صح النكاح بلا خلاف ، وفى البيع والصداق القولان السابقان فى البيع والإجارة (أصحهما) الصحة فان صححناهما وزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل وإلا وجب فى النكاح مهر المثل (وإذا قلنا) بالتوزيع فهو إذا كانت حصة النكاح فى صورة تزويج ابنته مهر المثل فأكثر فان كانت أقل وجب مهر المثل بلا خلاف ، فهذه صورة الجمع بين البيع والنكاح وهى أن يكون العوضان لشخص كما ذكرنا ، فلو كانا لاثنين بأن قال : بعتك عبدى وزوجتك بنتى بألف فقد قطع الشيخ أبو حامد ببطلان البيع ، ولعله فرعه على الصحيح وإلا فتحقيقه أن ينى على أنهما لو كانا لشخص (فان قلنا :) لا يصح البيع فهنا أولى وإلا ففيه القولان فيما لو كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد ، فباعهما بثمن واحد ، والأصح البطلان •

(الثالثة) لو جمع بيعا وكتابة فقال لعبده : كاتبتك على نجمين إلى كذا وكذا ، وبعتك ثوبى هذا جميعا بألف (فان قلنا) فى المسألتين السابقتين بالبطلان فيهما ، فهنا أولى ، وإلا فالبيع باطل ، وفى الكتابة القولان (أصحهما) الصحة وهذا الذى ذكروه من القطع ببطلان البيع تفريع على المذهب المشهور أن البيع يفسد بالشرط الفاسد ، وفيه القول الشاذ السابق •

(فرع) فى شىء من مسائل الدور يتعلق بتفريق الصفقة •

فاذا باع مريض عبدا لا مال له غيره بعشرة ، وهو يساوى ثلاثين ، بطل البيع . فى بعض المبيع ، وفى الباقى طريقان (أصحها) عند الجمهور أنه على قولى تفريق الصفقة (والثانى) القطع بالصحة ، وصححه البغوى لأن المحاباة هنا وصية ، وهى تقبل من الغرر مالا يقبل غيرها . فان صححنا بيع الباقى ففى كيفيته قولان ، وقيل وجهان (أحدهما) يصح البيع فى القدر الذى يحتمله الثلث ، والقدر الذى يوازى الثمن بجميع الثمن . ويبطل فى الباقى فيصح فى ثلثى العبد بالعشرة ، ويبقى مع الورثة ثلث العبد ، وقيمته عشرة ، والثمن وهو عشرة ، وذلك مثلا المحاباة وهى عشرة ، ولا تدور المسألة على هذا القول .

(والثانى) أنه إذا أزيد البيع فى بعض المبيع وجب أن يزيد إلى الشراء ما يقابله من الثمن ، فتدور المسألة لأن ما ينفذ فيه البيع يخرج وما يقابله من الثمن يدخل فيها ، ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة ، وينقص بنقصها ، ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق (منها) أن ينسب ثلث المال إلى قدر المحاباة ، ويصح البيع فى المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة ، فنقول فى هذه الصورة ثلث المال عشرة ، والمحاباة عشرون ، والعشرة نصف العشرين ، فيصح البيع فى نصف العبد وقيمته خمسة عشر بنصف الثمن . وهو خمسة ، كأنه اشترى سدسه بخمسة ، ووصى له بثلثه ، ويبقى مع الورثة نصف العبد ، وهو خمسة عشر ، والثمن وهو خمسة فالمبلغ عشرون وذلك مثل المحاباة .

واختلفوا فى الأصح من هذين القولين أو الوجهين فى الكيفية ، فرجح كثيرون الأول وبه قال ابن الحداد قال القفال والأستاذ أبو منصور وغيرهما : هو المنصوص للشافعى رحمه الله قالوا : والثانى خرجه ابن سريج ورجح آخرون الثانى واختاره أكثر الحساب وبه قال ابن القاص وابن اللبان وإمام الحرمين قال الرافعى : وهو فى المعنى والله سبحانه أعلم .

باب الربا

الربا مقصور وهو من ربا يربو فيكتب بالألف ، وتثنيته ربوان ، واختار الكوفيون كتبه وتثنيته بالياء بسبب الكسرة فى أوله ، وغلطهم البصريون ، قال الثعلبي : كتبوه فى المصحف بالواو ، وقال الفراء : إنما كتبوه بالواو لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحيرة ، ولغتهم الربوا ، فعلموهم صورة الخط على لغتهم ، قال : وكذلك قرأها أبو سماك العدوى بالواو ، وقرأ حمزة والكسائى بالإمالة بسبب كسرة الراء ، وأقر الباقون بالتفخيم لفتحة الباء قال :وأنت بالخيار فى كتبه ــ بالألف والواو والياء والرماء ــ بالميم والمد ــ والربية بالضم والتخفيف لغة فى الربا ، وأصله الزيادة ،وأربى الرجل وأرمى عامل بالربا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الربا محرم ، والأصل فيه قوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا)(١) وقوله تعالى (الذين(٢) يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) روى فى التفسير حين يقوم من قبره ، وروى ابن مسعود رضى الله عنه قال : ((لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه)) .

(الشرح) المس الجنون قال العلماء من المفسرين وغيرهم : قوله تعالى : (الذين يأكلون الربا) معناه يتعاملون به بيعا أو شراء ، وإنما خص الأكل بالذكر لأنه معظم المقصود ، كما قال تعالى : (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما) (٣) وقوله تعالى : (لا يقومون) أى يوم القيامة من قبورهم (إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان) قال أهل التفسير واللغة :

(١ ، ٢) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(٣) من الآية ١٠ من سورة النساء .

التخبط هو الضرب على غير الاستواء ، ويقال : خبط البعير إذا ضرب بأخفافه ، ويقال للرجل الذى يتصرف تصرفا رديئا ولا يهتدى فيه : هو يخبط خبط عشواء . وهى الناقة الضعيفة البصر . قالوا : فمعنى الآية أن الشيطان يصيبه بالجنون حين يقوم من قبره فيبعث مجنونا ، فيعرف أهل الموقف أنه من أكلة الربا .

(وأما) حديث ابن مسعود المذكور فى الكتاب فصحيح رواه أبوداود والترمذى وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وهو من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه ، وقد قال يحيى بن معين : إنه لم يسمع أباه ، ولكن قال على بن المدينى والأكثرون المحققون : سمعه ، وهى زيادة علم ورواه مسلم فى صحيحه من رواية جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ، ووقع فى المهذب وسنن أبى داود : (وشاهده) بالإفراد وفى الترمذى (وشاهديه) بالتثنية .

اما الاحكام فقد أجمع المسلمون على تحريم الربا ، وعلى أنه من الكبائر . وقيل : إنه كان محرما فى جميع الشرائع ، وممن حكاه الماوردى والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) قال الماوردى : اختلف أصحابنا فيما جاء به القرآن من تحريم الربا على وجهين (أحدهما) أنه مجمل فسرته السنة . وكل ما جاءت به السنة من أحكام الربا فهو بيان لمجمل القرآن . نقدا كان أو نسيئة (والثانى) أن التحريم الذى فى القرآن إنما تناول ما كان معهودا للجاهلية من ربا النساء ، وطلب الزيادة فى المال بزيادة الأجل ، وكان أحدهم إذا حل أجل دينه ولم يوفه الغريم أضعف له المال وأضعف الأجل ، ثم يفعل كذلك عند الأجل الآخر ، وهو معنى قوله تعالى :

(لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة)[1] قال : ثم وردت السنة بزيادة الربا فى النقد مضـافا إلى ما جاء به القرآن ، قال : وهـذا قول أبى حامد المروذى .

(فـرع) يستوى فى تحريم الربا الرجل والمرأة ، والعبد والمكاتب بالإجماع ، ولا فرق فى تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب ، فما كان حراما فى دار الاسلام كان حراما فى دار الحرب ، سواء جرى بين مسلمين أو مسلم وحربى ، سواء دخلها المسلم بأمان أم بغيره هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف والجمهور .

وقال أبو حنيفة : لا يحرم الربا فى دار الحرب بين المسلم وأهـل الحرب ، ولا بين مسلمين لم يهاجرا منها ، وإذا باع مسلم لحربى فى دار الحرب درهما بدرهمين أو أسلم رجلان فيها ولم يهاجرا فتبايعا درهما بدرهمين جاز ، واحتج له بما روى عن مكحول عن النبى ﷺ قال : « لا ربا بين مسلم وحربى فى دار الحرب » ولأن أموال أهل الحرب مباحة بغير عقد ، فالعقد الفاسد أولى .

واحتج أصحابنا بعموم القرآن والسنة فى تحريم الربا من غير فرق ؛ ولأن ما كان ربا فى دار الإسلام كان ربا محرما فى دار الحرب ، كما لو تبايعه مسلمان مهاجران ، وكما لو تبايعه مسلم وحربى فى دار الإسلام ، ولأن ما حرم فى دار الاسلام حرم هناك ، كالخمر وسائر المعاصى ، ولأنه عقد على ما لا يجوز فى دار الإسلام ، فلم يصح كالنكاح الفاسد هناك (والجواب) عن حديث مكحول أنه مرسل[2] ضعيف فلا حجة فيـه ؛ ولو صح لتأولنا على أن معناه لا يباح الربا فى دار الحرب جمعـا بين الأدلة .

---

(١) من الآية ١٣٠ من سورة النساء .

(٢) مكحول الهدلى تابعى روى عن أنس وكان مولى لسعيد بن العاص .

(وأما) قولهم : إن أموال الحربى مباحة بلا عقد ، فلا نسلم هذه الدعوى إن دخلها المسلم بأمان ، فان دخلها بغير أمان فالعلة منتقضة كما إذا دخل الحربى دار الإسلام فبايعه المسلم فيها درهما بدرهمين ، وأنه لا يلزم من كون أموالهم تباح بالاغتنام استباحتها بالعقد الفاسد ولهذا تباح أيضا على نسائهم بالسبى دون العقد الفاسد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والأعيان التى نص على تحريم الربا فيها الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : « سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد او استزاد فقد اربى » (فاما) الذهب والفضة فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة ، وهو انهما من جنس الأثمان ، فيحرم الربا فيهما ، ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات ، والدليل عليه انه لا يجوز ان يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما إلى غيرهما من الأموال ، لأنه لو كان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسلامهما فيما سواهما من الأموال ، لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة فى الربا لا يجوز إسلام احدهما فى الآخر ، كالذهب والفضة والحنطة والشعير فلما جاز إسلام الذهب والفضة فى الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال ، دل على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما ، وهو انه من جنس الأثمان) .

(الشرح) حديث عبادة رضى الله عنه رواه مسلم ، وأجمع المسلمون على تحريم الربا فى هذه الأعيان الستة المنصوص عليها ، واختلفوا فيما سواها فقال داود الظاهرى وسائر أهل الظاهر والشيعة والكاسانى وسائر ثقاة الناس لا تحريم فى الربا فى غيرها ، وحكاه صاحب الحاوى عن طاوس ومسروق والشعبى ، وقتادة وعثمان البتى ، وقال سائر العلماء : لا يتوقف تحريم الربا عليها بل يتعدى إلى ما فى معناها ، وهو ما وجدت فيه العلة التى هى سبب تحريم الربا فى السنة واختلفوا فيها .

(فأما) الذهب والفضة فالعلة عند الشافعي فيهما كونهما جنس الأثمان غالبا ، وهذه عنده علة قاصرة عليهما لا تتعداهما ، إذ لا توجد فى غيرهما ، وقال أبو حنيفة : العلة فيهما الوزن فى جنس واحد ، فألحق بهما كل موزون كالحديد والنحاس والرصاص والقطن والكتان والصوف ، وكل ما يوزن فى العادة ، ووافق أنه لا يحرم الربا فى معمول الحديد والنحاس ونحوهما ، وإنما يحرم فى التبر ، وممن قال بمعنى قول أبى حنيفة الزهرى والحكم وحماد والثورى والأوزاعى .

واحتج لهم بحديث سعيد بن المسيب عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى رضى الله عنهم أنهما حدثاه « أن رسول الله ﷺ بعث أخا بنى عدى الأنصارى فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ أكل ثمر خيبر هكذا ؟ قال : لا والله يا رسول الله . إنا لنشترى الصاع بالصاعين من الجمع فقال رسول الله ﷺ : لا تفعلوا ، ولكن مثلا بمثل . أو بيعوا هذا واشتروا قيمته من هذا ، وكذلك الميزان » رواه البخارى ومسلم قالوا : يعنى وكذلك الموزون ، فيدل على أن كل موزون لا يجوز التفاضل فيه قالوا : ولأن علتكم قاصرة فانها لا تتعدى الذهب والفضة وهما الأصل الذى استنبطتم منه العلة ، وعندكم فى العلة القاصرة وجهان لأصحاب الشافعى :

(أحدهما) أنها فاسدة لا يجوز التعليل بها لعدم الفائدة فيها ، فان حكم الأصل قد عرفناه وإنما مقصود العلة أن يلحق بالأصل غيره .

(والوجه الثانى) أن القاصرة صحيحة ، ولكن المتعدية أولى ، قالوا : فعلتكم مردودة على الوجهين ، لأن حكم الذهب والفضة عرفناه بالنص . قالوا : ولأن علتكم قد توجد ولا حكم ، وقد يوجد الحكم ولا علة

كالفلوس بخراسان وغيرها فانها أثمان ولا ربا فيها عندكم (والثانى) كأوانى الذهب والفضة يحرم الربا فيها مع أنها ليست أثمانا •

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف ، وهو أنه يجوز إسلام الذهب والفضة فى غيرهما من الموزونات بالإجماع ، كالحديد وغيره فلو كان الوزن علة لم يجز كما لا يجوز إسلام الحنطة فى الشعير ، والدراهم فى الدنانير ، ولأن أبا حنيفة يجوز بيع المضروب من النحاس والحديد والرصاص ، بعضه ببعض متفاضلا ولو كانت العلة الوزن لم يجز (فان قالوا :) خرجت بالضرب عن كونها موزونة (قلنا :) لا نسلم •

وأجاب أصحابنا عن حديثهم بثلاثة أجوبة (أحدها) جواب البيهقى قال : قد قيل إن قوله : وكذلك الميزان من كلام أبى سعيد الخدرى موقوف عليه (الثانى) جواب القاضى أبى الطيب وآخرين أن ظاهر الحديث غير مراد ، فان الميزان نفسه لا ربا فيه وأضمرتم فيه الموزون ودعوى العموم فى المضمرات لا يصح (الثالث) أنه يحمل الموزون على الذهب والفضة جمعا بين الأدلة •

وأجابوا عن قولهم : لا فائدة فى العلة القاصرة بأن مذهبنا جواز التعليل بها ، فان العلل أعلام نصبها الله تعالى للأحكام ، منها متعدية ، ومنها غير متعدية ، إنما يراد منها بيان حكمة النص لا الاستنباط ، وإلحاق فرع بالأصل كما أن المتعدية عامة التعدى وخاصته • ثم لغير المتعدية فائدتان (إحداهما) أن تعرف أن الحكم مقصور عليها ، فلا تطمع فى القياس (والثانية) أنه ربما حدث ما يشارك الأصل فى العلة فيلحق به ؛ وأجابوا عن الفلوس بأن العلة عندنا كون الذهب والفضة جنس الأثمان غالبا ، وإن لم تكن أثمانا ، والله سبحانه أعلم •

(فــرع) (وأما) داود وموافقوه فاحتجوا بعموم قوله تعالى :

(وأحل الله البيع)[1] وبقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[2] وبأن أصل الاستثناء الإباحة . واحتج أصحابنا بحديث معمر ابن عبد الله رضى الله عنه قال « كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل » رواه مسلم ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة أن يبيع الرجل تمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا ، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا ، وإن كان زرعا أن يبيعه بكيل طعام ، نهى عن ذلك كله » رواه البخارى ومسلم .

قال أصحابنا : الطعام المذكور فى الحديث الأول عام يتناول جميع ما يسمى طعاما (فان قيل :) فقد خصه بالأشياء الستة (قلنا :) ذكر بعض ما يتناوله العموم ليس تخصيصا على الصحيح (فان قيل :) الطعام مخصوص بالحنطة (قلنا :) هذا غلط ، بل هو عام لكل ما يؤكل ، قال الله تعالى : (كل الطعام كان حلا لبنى إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه)[3] وقال تعالى : (فلينظر الإنسان إلى طعامه)[4] إلى قوله تعالى : (فأنبتنا فيها حبا وعنبا)[5] الآية . وقال تعالى : (فمن شرب منه فليس منى ومن لم يطعمه فانه منى)[6] وعن أبى ذر رضى الله عنه فى حديثه الطويل فى قصة إسلامه قال : قال رسول الله ﷺ : « فمن كان يطعمك ؟ قلت : ما كان لى طعام إلا ماء زمزم ، فسمنت حتى تكسرت عكن بطنى قال : إنها مباركة إنها طعام طعم » رواه البخارى ومسلم .

---

(١) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .
(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء .
(٣) الآية ٩٣ من سورة آل عمران .
(٤) الآية ٢٤ من سورة عبس .
(٥) من الآيتين ٢٧ ، ٢٨ من سورة عبس .
(٦) من الآية ٢٤٩ من سورة البقرة .

وعن عائشة رضي الله عنهـا قالت : « مكثنا مع رسـول الله ﷺ زمانا مالنا طعام إلا الأسودان المـاء والتمر رواه[1] » والجواب عن الآيتين أنهما عام مخصوص بما ذكرنا (وقولهم :) أصل الأشياء الإباحة ليس كذلك ، بل مذهب داود أنها على الوقف ، والصحيح عندنا أنه لا حكم قبل ورود الشرع ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) ذكرنا أن علة الربا فى الذهب والفضة عندنا كونهما جنس الأثمان غالبا ، قال أصحابنا : وقولنا : غالبا احتراز من الفلوس إذا راجت رواج النقود ، كما قدمناه ، ويدخل فيه الأوانى والتبر ، وغير ذلك فهذه العبارة هى الصحيحة عند الأصحاب ، وهى التى نقلها المـاوردى وغيره عن نص الشافعى ، قال المـاوردى : ومن أصحابنا من يقول : العلة كونهما قيم المتلفات قال : ومن أصحابنا من جمعهما ، قال : وكله قريب ، وجزم المصنف فى التنبيه بأنهما قيم الأشياء ، وأنكره القاضى أبو الطيب وغيره على من قاله من أصحابنا ، قالوا : لأن الأوانى والتبر والحلى يجرى فيها الربا ، وليس مما يقوم بها ولنا وجه ضعيف غريب أن تحريم الربا فيهمـا بعينهما لا لعلة ، حكاه المتولى وغيره .

(فـرع) إذا رجت الفلوس رواج النقود لم يحرم الربا فيها ، هذا هو الصحيح المنصوص ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه شاذ أنه يحرم حكاه الخراسانيون (وأما) ما سواها من الموزونات كالحديد والنحاس والرصاص والقطن والكتان والصوف والغزل وغيرها فلا ربا فيها عندنا ، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ومؤجلا ، ولا خلاف فى شيء من هذا عندنا إلا وجها حكاه المتولى والرافعى عن أبى بكر الأودنى

---

(1) بياض بالأصل قلت رواه ابن ماجه فى سننه من هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة بلفظ : ان كنا آل محمد لنمكث شهرا ما توقد فيه نار ما هو الا التمر والماء .

من أصحابنا المتقدمين أنه قال : لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا ، سواء كان مطعوما أو نقدا أو غيرهما ، وهذا شاذ ضعيف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فأما الأعيان الأربعة ففيها قولان (قال) فى الجديد : العلة فيها أنها مطعومة ، والدليل عليه ما روى معمر[1] بن عبد الله أن النبى ﷺ قال : ((الطعام بالطعام مثلا بمثل)) والطعام اسم لكل ما يتطعم ، والدليل عليه قوله تعالى : (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم)[2] وأراد به الذبائح ، وقالت عائشة رضى الله عنها : ((مكثنا مع نبينا ﷺ سنة مالنا طعام إلا الأسودان الماء والتمر)) وقال لبيد :

لمعفر قهد ينازع شلوه غبس كواسب ما يمن طعامها

وأراد به الفريسة والحكم إذا علق على اسم مشتق كان ذلك علة فيه ، كالقطع فى السرقة ، والحد فى الزنا ، ولأن الحب ما دام مطعوما يحرم فيه الربا ، فإذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوما لم يحرم فيه الربا ، فإذا انعقد الحب وصار مطعوما حرم فيه الربا ، فدل على أن العلة فيه كونه مطعوما ، فعلى هذا يحرم الربا فى كل ما يطعم من الأقوات والإدام والحلاوات والفواكه والأدوية ، وفى الماء وجهان (أحدهما) يحرم فيه الربا ، لأنه مطعوم فهو كغيره (والثانى) لا يحرم فيه الربا ، لأنه مباح فى الأصل غير متمول فى العادة ، فلا يحرم فيه الربا .

وفى الأدهان المطيبة وجهان (أحدهما) لا ربا فيها لأنها تعد للانتفاع برائحتها دون الأكل (والثانى) أنه يحرم فيها الربا وهو الصحيح ، لأنه مأكول وإنما لا يؤكل لأنه ينتفع به فيما هو أكثر من الأكل ، وفى البزر ودهن السمك وجهان (أحدهما) لا ربا فيه لأنه يعد للاستصباح (والثانى) انه يحرم الربا فيه ، لأنه مأكول فأشبه الشيرج (وقال) فى القديم : العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة ، والدليل عليه أن النبى ﷺ قال : ((الطعام بالطعام

---

(1) معمر بن عبدالله بن نافع بن نضلة العدوى وهو ابن أبى معمر صحابى كبير من مهاجرة الحبشة روى له مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجة رضى الله عنه . (ط)

(2) من الآية ٥ من سورة المائدة .

مثلا بمثل » والمماثلة لا تكون إلا بالكيل او الوزن فدل على انه لا يحرم إلا فى مطعوم يكال أو يوزن ، فعلى هــذا يحرم الربا فيمــا لا يكال ولا يوزن من الأطعمة كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها) .

(الشرح) أما حديث معمر فرواه مســلم وسبق بيــانه وحديث عائشة[1] (وقوله) وأما الأعيان الأربعة هكذا هو فى المهذب الأربعة ، وكان الأصل أن يقول الأربع ، ولكنه أراد بالأعيان الأجناس فأثبت الهاء (وقولها) الأسودان هو من باب التغليب ، وتسمية الشيئين باسم أحدهما كالأبوين والقمرين والعمرين ونظائره ، فان المــاء ليس بأسود (قوله) فى بيت لبيد لمعفر هو ــ بفتح العين المهملة والفاء المشددة ــ وهو ولد الظبية إذا أرادت فطامه عن الرضاع فانها تقطعه عن الرضاع أياما ثم تعود إلى إرضاعه أياما ثم تقطعه عن الرضاع أياما ، ثم ترضعه ، تفعل ذلك حتى لا يضره القطع جملة ، فاذا فعلت هذا قيل : عفرت الظبية ولدها ؛ ومعفر هو هكذا فسره صاحب البيان وفسره غيره بأنه الذى سحب فى التراب وعفر به والقهد ــ بفتح القاف وإســكان الهاء ــ قيل : هو الأبيض ، وقيل : أبيض فيه كدورة وفيه حمرة أو صفرة ، وجمعه قهاد .

(وقوله :) تنــازع شلوه أى تجاذف أعضاءه (وقوله :) غبس ــ بغين معجمة ثم موحدة ساكنة ثم سين مهملة ــ أى ذئاب ، جمع ، أغبس ، وهو الذى لونه كلون الرماد (وقوله :) كواسب أى تكسب قوتها (وقوله :) ما يمن طعامها فيه تأويلان (أصحهما) وأشهرهما أنه لامنة عليها فيه ، بل تأخذه بالقهر والغلبة لا بالسؤال والمســكنة بخلاف السنور وشبهه (والثانى) معناه لا ينقص ولا ينقطع لقوله تعالى : (أجر غير ممنون)[2] وقبل هذا البيت بيت آخر يظهر معنى هذا ، وهو :

خنساء ضيعت الفرير فلم يرم   عرض الشقائق طوفها وبغامها

---

(١) كذا بالاصل وقد أخرجه ابن ماجه وغيره .

(٢) الآية ٦ من سورة الزيتون .

الخنساء بقرة وحشية والفرير – بفتح الفاء – ولدها (وقوله) يرم – بفتح الياء وكسر الراء معناه يفارق ، وعرض – بضم العين – وهو الناحية والشقائق جمع شقيقة ، وهى رملة فيها نبات ، وقيل : أرض غليظة بين رملين (وقوله) طوفها – بفتح الطاء ورفع الفاء – وهو ذهابها ومجيئها وهو فاعل يرم وبغامها – بضم الباء الموحدة ، وبالغين المعجمة ، وبرفع الميم – معطوف على طوفها والبغام الصوت ، واللام فى قوله : لمعفر مكسورة ، وهى لام التعليل ، ومعنى البيتين أنها ضيعت ولدها فلا تزال تطوف فى ناحية الرمال لطلبه ، ظانة أنه هناك ، ولا تعلم أن الذئاب تجاذبت اعضاءه وأكلته .

(وأما) لبيد صاحب هذا فهو أبو عقيل – بفتح العين – لبيد بن ربيعة بن مالك العامرى الصحابى ، الشاعر المشهور ، كان من فحول شعراء الجاهلية ، ثم وفد على رسول الله ﷺ فأسلم وحسن إسلامه ، وكان من المعمرين عاش مائة وأربعا وخمسين سنة ، وقيل غير ذلك ، توفى فى خلافة عثمان ، وقيل فى أول خلافة معاوية رضى الله عنهم (قوله :) فى الماء لأنه مباح فى الأصل احتراز مما يتأثر من الزروع والثمار ، وما يلقى من الأطعمة رغبة عنه ، فانه إذا أخذ إنسان شيئا من ذلك جرى فيه الربا ، لأنه ليس بمباح فى الأصل (وقوله :) غير متمول فى العادة احتراز من الصيد والبزر – بفتح الباء وكسرها – لغتان والقثاء – بكسر القاف وضمها – والكسر أفصح وأشهر .

اما الأحكام ففى علة تحريم الربا فى الأجناس الأربعة قولان (أصحهما) وهو الجديد أنها الطعم ، فيحرم الربا فى كل مطعوم سواء كان مما يكال أو يوزن أو غيرهما ، ولا يحرم فى غير المطعوم ، فيجرى الربا فى السفرجل والبطيخ والرمان والبقول وغيرها من المطعوم (والثانى) وهو القديم لا يحرم إلا فى مطعوم يكال أو يوزن فعلى هذا لا ربا فى

السفرجل والرمان والبيض والجوز والبقول والخضروات وغيرها مما لا يكال ولا يوزن ، فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا ، وهذا القول ضعيف جداً والتفريع انما هو على الجديد ؛ فعلى هذا قال الشافعى والأصحاب المراد بالمطعوم ما يعد للطعم غالبا تقوتا وتأدما ، أو تفكها أو تداويا أو غيرها ؛ وغيرها فيحرم الربا فى جميع ذلك ، قال أصحابنا : وسواء ما أكل غالباً فيدخل فيه الحبوب والادام والحلاوات والفواكه والبقول والتوابل والأدوية أو نادراً ، كالبلوط والطرثوث ، وهو نبت معروف ، وسواء ما أكل وحده أو مع غيره •

وفى الزعفران وجهان حكاهما القاضى حسين والمتولى والرافعى أحدهما لا ربا فيه لأنه لا يقصد بالأكل • (والثانى) وهو الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور : يحرم فيه الربا • لأنه مأكول فى الجملة ، وفى المصطكى والزنجبيل وجهان : (الصحيح) المشهور ، يحرم فيهما الربا • (والثانى) لا ربا فيهما حكاه الرافعى وقطع صاحب البيان بأنه لا ربا فى المصطكى ؛ ويجرى تحريم الربا فى جميع الأدوية ، كالأهليلج والأبليلج والسقمونيا وغيرها ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب ، الا وجها حكاه القاضى حسين والمتولى وغيرهما أن ما يقتل كثيره ، ويستعمل قليله فى الأدوية كالسقمونيا لا ربا فيه وهو شاذ ضعيف •

(وأما) الماء (اذا قلنا) بالمذهب : انه مملوك يصح بيعه ؛ فهل يحرم فيه الربا ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يحرم هكذا صححه امام الحرمين والرافعى والجمهور ؛ وهو الصواب ، ولا يغتر بتصحيح صاحب الانتصار الاباحة ؛ فانه شاذ ضعيف . فان قيل : لو كان مطعوما لم يجز الاستنجاء به « قلنا » ثبتت الأحاديث فى جواز الاستنجاء به فصار مستثنى •

(وأما) الأدهان فأربعة أضرب (أحدهما) ما يعد للأكل كالزبد والسمن والزيت والشيرج ، ودهن الجوز واللوز والبطم ودهن الفجل والخردل

والصنوبر وأشباهها ، فيحرم فيه الربا أيضاً ، لأنه يؤكل للتداوى فأشبه الأهليلج (١) .

(الثالث) ما يراد للطيب كدهن البنفسج والورد والياسمين والزئبق والبان وسائر الأدهان المطيبة ، فيها وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما « أصحهما » عنده وعند الأصحاب أنها ربوية وذكر امام الحرمين أن العراقيين نقلوا فى المسألة قولين المنصوص أنها ربوية ، وفى قول مخرج ليست ربوية ، قال : وقال صاحب التقريب : دهن البنفسج ربوى ، وفى دهن الورد وجهان ، قال الامام : ولا أفهم الفرق بينهما (فاذا قلنا :) انها ربوية لم يجز بيع شىء من هذه الأدهان بعضه ببعض متفاضلا ، ولا بيع بعضها بالشيرج متفاضلا بلا خلاف ، هكذا صرح به الأصحاب ونقله الامام عن العراقيين . ولم يذكر خلافه . قالوا : لأنها كلها شيرج اختلف رائحته بحسب ما جاورها من هذه الأدهان .

(والرابع) ما يراد للاستصباح كدهن السمك وبزر الكتان ودهنه وفيه وجهان مشهوران فى الطريقين ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) أنه ليس بربوى (وأما) قول امام الحرمين والغزالى : ان العراقيين قطعوا بأنه لا ربا فيه فليس بمقبول ، بل الخلاف فيه مشهور فى كتب العراقيين ، والله أعلم .

فـــرع . الطين الأرمنى ربوى على الصحيح من الوجهين ، ونقله امام الحرمين عن الغزالى قال : ولا خلاف فيه ، وممن ذكر الوجهين فيه القاضى حسين والمتولى والرافعى (وأما) الطين الذى يؤكل سفها ، ويقال له : الخراسانى ففيه الوجهان (الصحيح) أنه ليس ربويا وبه قطع القاضى حسين وأبو الطيب والمتولى وصاحب البيان ونقله امام الحرمين عن العراقيين

---

(١) كذا بالأصل وانظر أين الضرب الثانى ؟ والضرب الثانى لا مناص أنه ما يستعمل للتداوى ، كالأدهان التى يعالج بها النقرس ويبوسة الشرايين وما الى ذلك فيحرم فيه الربا .
المطيعى

قال : وتردد فيه الشيخ أبو محمد ومال الى أنه ربوى ، وصححه الغزالى فى الوسيط أنه ربوى والمذهب الأول •

فــرع فى دهن الورد وجهان حكاهما الصيمرى وصاحب البيان وغيرهما (أصحهما) ليس بربوى صححه الرافعى وهو كلام الجمهور وحكى الرافعى الوجهين فى العود المطيب أيضاً وقطع الأكثرون بأنه ليس ربويا •

فـــرع لا ربا فى الحيوان عندنا فيجوز بيع شاة بشاتين ، وبعير ببعيرين ودجاجة بدجاجتين ؛ وكذا سائر الحيوان ، ولا خلاف فى هذا عندنا الا الوجه الذى قدمناه عن الأودنى ، وهو شاذ ضعيف ؛ والا وجها حكاه امام الحرمين ومتابعوه فى السمك الصغار التى يمكن ابتلاعها فى حياتها أنه يجرى فيه الربا بناء على جواز أكلها حية ، وفيه وجهان سبقا فى الأطعمة والصيد والذبائح (ان قلنا :) لا يجوز أكلها حية ليست ربوية ؛ فيجوز بيع سمكة بسمكات كسائر الحيوان والا فوجهان : (أصحهما) الجواز ، وهو مقتضى كلام الجمهور • (والثانى) لا ، وبه قطع المتولى تفريعا على جواز أكله •

فــرع قال ابن الصباغ والأصحاب : لا ربا فى النوى ؛ لأنه ليس بطعام للآدمى ، وان كان طعاما للبهائم فأشبه الحشيش •

فـــرع لا ربا فى الجلود والعظام ان كان يجوز أكلها ، وهذا لا خلاف فيه ؛ وممن صرح به الماوردى ، لأنها لا تؤكل فى العادة •

فـــرع قال المتولى وغيره : أنواع الحشيش التى تنبت فى الصحارى وتؤكل فى حال رطوبتها وأطراف قضبان العنب لا ربا فيها ؛ لأنها لا تقصد للأكل عادة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيها الربا ، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ونسيئة ، ويجوز فيها التفرق قبل التقابض ،

لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال : « أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشا فنفدت الابل فأمرني أن آخذ على قلاص الصدقة ، فكنت آخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة » وعن على كرم الله وجهه « أنه باع جملا الى اجل بعشرين بعيراً » وباع ابن عباس رضى الله عنه « بعيراً بأربعة أبعرة » واشترى ابن عمر رضى الله عنه « راحلة بأربع رواحل ، ورواحله بالربذة » « واشترى رافع بن خديج رضى الله عنه بعيراً ببعيرين فأعطاه احدهما ، وقال آتيك بالآخر غداً » ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » قال أبو عبيدة : هو النسيئة بالنسيئة) .

الشرح حديث ابن عمرو بن العاص رواه أبو داود وسكت عليه ؛ فيقتضى أنه عنده حسن كما سبق تقريره ؛ وان كان فى اسناده نظر ؛ لكن قال البيهقى : له شاهد صحيح فذكره باسناده الصحيح عن عبد الله بن عمرو ابن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً ؛ قال عبد الله : وليس عندنا ظهر ؛ قال : فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يبتاع ظهراً الى خروج التصدق ؛ فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين وبالأبعرة الى خروج التصدق بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم » وهذه الرواية رواها أيضاً الدارقطنى باسناد صحيح .

(وأما) الأثر المذكور عن على رضى الله عنه فرواه مالك فى الموطأ والشافعى فى مسنده ، وفى الأم باسناد صحيح عن حسين بن محمد بن على « أن على بن أبى طالب رضى الله عنه باع جملا له عصيفير بعشرين بعيراً الى أجل » لكن فى اسناده انقطاع من طريق حسين بن محمد بن على فلم يدركه (وأما) الأثر عن ابن عمر فصحيح رواه مالك فى الموطأ والشافعى عن مالك عن نافع ؛ ذكره البخارى فى صحيحه تعليقا (وأما الأثر) عن رافع بن خديج فصحيح ذكره البخارى فى صحيحه تعليقا (وأما) حديث النهى عن بيع الكالىء بالكالىء فرواه الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف ، مداره على موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف .

(أما) ألفاظ الفصل : القلاص — بكسر القاف — جمع قلص والقلص جمع قلوص وهى الناقة الشابة ذكره الجوهرى وغيره (وقوله :) أخذ من

قلاص الصدقة هكذا هو فى المهذب (من) والذى فى سنن أبى داود والبيهقى وغيرهما (فى) ؛ ومعناهما السلف على ابل الصدقة الى أجل معلوم (وأما) الراحلة فالبعير النجيب والربذة ــ بفتح الراء والباء الموحدة والذال معجمة ــ موضع على ثلاث مراحل من المدينة ، والكالىء بالهمز •

أما الأحكام ففى الفصل مسألتان :

(احداهما) أن ما سوى الذهب والفضة والمطعوم لا يحرم فيه الربا ، فيجوز بيع بعير بأبعرة ؛ وشاة بشياه وثوب بثياب • وصاع نورة أو جص أو أشتان بصيعان ورطل غزل بأرطال من جنسه وأشباهه وكل هذا مما سبق بيانه •

(المسألة الثانية) لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة بأن يقول : بعنى ثوباً فى ذمتى بصفته كذا الى شهر كذا بدينار مؤجل الى وقت كذا فيقول : قبلت ، وهذا فاسد بلا خلاف •

فــرع فى مذاهب العلمـاء فى بيـان علة الربا فى الأجنـاس الأربعة ، وهى البر والشعير والتمـر والملح ، ولهـم فيها عشرة مذاهب : (أحدها) مذهب أهل الظاهر ، ومن وافقهم أنه لا ربا فى غير الأجنـاس لستة كما سبق . (الثانى) مذهب أبى بكر عبد الرحمن بن كيسان الأصم أن العلة فى كونها منتفعا به حكاه عنه القاضى حسين • (والثالث) مذهب ابن سيرين وأبى بكر الأودنى من أصحابنا أن العلة الجنسية تحرم الربا فى كل شىء بيع بجنسه كالتراب بالتراب متفاضلا والثوب بالثوبين والشـاة بالشاتين • (الرابع) مذهب الحسن البصرى أن العلة المنفعة فى الجنس ، فيجوز عنده بيع ثوب قيمته دينار بثوبين قيمتهما دينار ، ويحرم بيع ثـوب قيمته دينار بثوب قيمته ديناران •

(الخامس) مذهب سعيد بن جبير أن العلة تقارب المنفعـة فى الجنس فحرم التفاضل فى الحنطة بالشعير ولأن العلة تقارب المنفعـة فى الجنس ، فحرم التفاضل فى منافعها ؛ وكذلك الباقلاء بالحمص والدخن بالذرة .

(السادس) مذهب ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن العلة كونه جنساً ؛ تجب فيه الزكاة ، فحرم الربا فى جنس تجب فيه الزكاة من المواشى والزروع وغيرها ، ونفاه عما لا زكاة فيه •

(السابع) مذهب مالك كونه مقتاتا مدخر جنس فحرم الربا فى كل ما كان قوتاً مدخراً ، ونفاه عما ليس بقوت كالفواكه ، وعما هو قوت لا يدخر كاللحم •

(الثامن) مذهب أبى حنيفة أن العلة كونه مكيل جنس فحرم الربا فى كل مكيل ، وان لم يؤكل كالجص والنورة والأشنان ونفاه عما لا يكال ولا يوزن وان كان مأكولا كالسفرجل والرمان •

(التاسع) مذهب سعيد بن المسيب وقول الشافعى فى القديم أن العلة كونه مطعوما يكال أو يوزن ، فحرمه فى كل مطعوم يكال أو يوزن ؛ ونفاه عما سواه وهو كل ما لا يؤكل ولا يشرب ، أو يؤكل ولا يكال ولا يوزن كالسفرجل والبطيخ •

(العاشر) أن العلة كونه مطعوما فقط سواء كان مكيلا أو موزونا أم لا ، ولا ربا فيما سوى المطعوم غير الذهب والفضة ، وهذا مذهب الشافعى الجديد الصحيح وهو مذهب أحمد وابن المنذر وغيرهما .

(فأما) أهل الظاهر فسبق دليلهم والدليل عليهم ، وأما الباقون فدليلنا على جميعهم قوله صلى الله عليه وسلم : « الطعام بالطعام مثلا بمثل » وهو صحيح سبق بيانه ، ووجه الدلالة فيه ما ذكره المصنف • وأيضاً هذه الآثار مع الحديث المذكور فى الكتاب وعن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعبدين أسودين » رواه مسلم . وعن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى صفية من دحية الكلبى بسبعة أرؤس » رواه مسلم وغيره •

واحتج لابن كيسان بأن المقصود بتحريم الربا الرفق بالناس ؛ وهذا المعنى

موجود فى الجميع ؛ واحتج أصحابنا عليه بما ذكـره المصـنف من الآثار والمعنى ، وبحديث العبد بالعبدين والبعير بالبعيرين وغير ذلك ، وأفسـدوا علته بأنها تؤدى الى تحريم التجارات والأرباح . واحتج لابن سيرين بحديث عبادة بن الصـامت أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمـر والملح بالملح ؛ مثلا بمثل ؛ سواء بسواء ؛ يداً بيد ؛ فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » رواه مسلم ، وموضع الدلالة أنه شرط فى جـواز التفاضل اختلاف الأصناف ، وهى الأجناس •

واحتج أصحابنا بالأحاديث والآثار السابقة فى بيع عبدين بعبد وأبعرة ببعير فدل على أن الجنس ليس بعلة •

(والجواب) عن حديث « فاذا اختلفت هذه الأصناف » فالمراد جواز التفاضل فى هذه الأصناف اذا اختلفت ؛ ومنعه فيهـا اذا اتفقت لا منعه فى غيرها • واحتج للحسن بأن المقصود بتحريم الربا فى القدر موجود فى القيمة فيمتنع التفاضل فى القيمة ؛ كما امتنع فى القدر واحتج الأصحاب بما سبق ، ولا نسلم الحاق القيمة بالقدر •

واحتج لابن جبير بأن المنفعة كالقدر ، قال الأصـحاب : هـذا مردود بالمنصوص على جواز التفاضل فى الحنطة بالشعير ، لقوله صلى الله عليـه وسلم : « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » واحتج لربيعة بأن تحريم الربا فى هذه الأجناس انما كان حثاً على المواساة بالتماثل وأموال المواساة هى أموال الزكاة ؛ قال أصحابنا : هذا فاسد منابذ للأحاديث والآثار السابقة فى جواز التفاضل فى الحيوان ، وفاسد أيضـا بالملح ، فانه ربوى بالنص ؛ وعلى مقتضى مذهبه لا ربا فيه ؛ لأنه ليس ربوياً •

واحتج لمالك بأن علته أكثر شبها بالأصل ، فهى أولى ، واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم : « فاذا اختلفت هذه الأصـناف فبيعـوا كيف شئتم » وما قاله مالك منتقض بالرطب ؛ فانه ربوى بالنص ، وليس مدخراً

(فان قيل) الرطب يؤول الى الادخار (قلنـا) الربا جار فى الرطب الذى لا يصير تمراً أو العنب الذى لا يصير زبيبا •

واحتج لأبى حنيفة بأن الكيل هو المعتبر فى التساوى ، فـكان علته ، واحتج أصحابنا بما سبق ؛ ولا يلزم من كون الكيل معياراً كونه علة والله سبحانه أعلم •

فـــرع مذهبنا جواز بيع ثوب بثوبين ، وثيـاب من جنسه حالا ومؤجلا وبه قال أبو ثور وابن المنذر ومنعه مالك وأبو حنيفة [وقال] لا ربا فى القليل من الحنطة والشعير ونحوهما ؛ كالحفنة والحفنتين ونحوهما مما لا يكال فى العـادة ، قال : وكذا لا ربا فى البطيـخ والباذنجـان والبيض والسفرجل والرمان وسائر الفواكه التى تباع عدداً بناء على قاعدته السابقة أنه لا ربا فى غير المكيل والموزون ؛ ومذهبنا ومذهب الجمهور ثبوت الربا فى كل ذلك لعموم النصوص فى تحريم الربا .

فـــرع يجوز بيع الحيوان بالحيوان من جنسـه متفاضلا كبعير ببعيرين وشاة بشاتين حالا ومؤجلا ؛ سواء كان يصلح للحمـل والركوب والأكل والنتاج أم للأكل خاصة . هذا مذهبنا ، وبه قال جماهير العلماء ، وقال مالك : لا يجوز بيع بعير ببعيرين ؛ ولا ببعـير ؛ اذا كانا جميعـا أو أحدهما لا يصلح الا للذبح كالكسير والحطيم ونحوهما ، لأنه لا يقصد به الا اللحم ، فهو كبيع لحم بلحم جزافا أو لحم بحيوان ؛ دليلنـا الأحاديث والآثار السابقة فى بيع بعير ببعيرين وأبعرة .

فـــرع قد ذكرنا أن مذهبنا جواز بيع كل ما ليس مطعوما ولا ذهبا و لافضة بعضه ببعض متفاضلا ومؤجلا ، وبه قال جمهور العلمـاء ؛ وقال أبو حنيفة يحرم التأجيل فى بيـع الجنس بعضـه ببعض من أى مال كان ، لحديث الحسن عن سـمرة رضى الله عنـه أن النبى صلى الله عليه وسـلم « نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه قال الترمذى حديث حسـن صـحيح • وعن ابن عبـاس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » •

واحتج أصحابنا بالأحاديث والآثار السابقة فى بيع الابل بالابل مؤجلة ؛ ولأنها عوضان لا تجمعهما علة واحدة ؛ فلا يحرم فيهما النساء كما لو باع ثوب قطن بثوب حرير الى أجل ، ولأنه لا ربا فيه نقداً فكذا النسيئة (والجواب) عن حديث سمرة من وجهين : (أحدهما) جواب الشافعى أنه حديث ضعيف ؛ قال البيهقى : أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة الا حديث العقيقة • (والثانى) أنه محمول على أن الأجل فى العوضين، فيكون بيع دين بدين وذلك فاسد كما سبق •

(والجواب) عن حديث ابن عباس من الوجهين ، فقد اتفق الحفاظ على ضعفه ، وأن الصحيح أنه مرسل عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم وممن قال ذلك البخارى وابن خزيمة والبيهقى وغيرهم ، قال ابن خزيمة : الصحيح عند أهل العلم بالحديث أنه مرسل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما ما يحرم فيه الربا فينظر فيه فان باعه بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض ، لما روى عبادة بن الصامت ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد ، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، اذا كان يداً بيد)) فان باعه بغير جنسه — نظرت فان كان مما يحرم الربا فيهما لعلة واحدة كالذهب والفضة والشعير والحنطة — جاز فيه التفاضل وحرم فيه النساء والتفرق قبل التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم : ((فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد)) •

فان تبايعا وتخايرا فى المجلس قبل التقابض بطل البيع لان التخاير كالتفرق ، ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، فكذلك اذا تخايرا ، وان تبايعا دراهم بدنانير فى الذمة وتقابضا ثم وجد احدهما بما قبض عيباً — نظرت فان لم يتفرقا — جاز أن يرد ويطالب بالبدل ، لأن المعقود عليه ما فى الذمة ، وقد قبض قبل التفرق ، وان تفرق ففيه قولان : (احدهما) يجوز ابداله لأن ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعده ، كالمسلم فيه • (والثانى) لا يجوز ، وهو قول المزنى لانه اذا ابدله صار القبض بعد التفرق ، وذلك لا يجوز •

وان كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين كبيع الحنطة بالذهب والشعير

بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض لاجماع الأمة على جواز اسلام الذهب والفضة فى المكيلات المطعومة) .

الشرح حديث عبادة رواه مسلم . والنساء ــ بالمد ــ التأجيل قال الشافعى والأصحاب : اذا باع مالا ربويا فله ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يبيعه بجنسه فيحرم فيه ثلاثة أشياء ، التفاضل ؛ والنساء ، والتفرق قبل التقابض .

(الثانى) أن يبيعه بغير جنسه لكنهما مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة ، كالذهب (١) والفضة والحنطة والشعير والتمر بالملح والزيت بالعسل فيجوز فيهما التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض ودليل الجميع فى الكتاب .

وحيث شرطنا التقابض فمعناه التقابض قبل التفرق الذى ينقطع به خيار المجلس كما سبق تفصيله . قال الشافعى فى كتاب الصرف من الأم والأصحاب : لا بأس أن يطول مقامهما فى مجلسهما ، ولا بأس أيضا بطوله متماشيين وان طال مشيهما وتباعدا عن مجلس العقد ثم تقابضا قبل افتراقهما فيصح البيع لعدم افتراقهما . ولو باعه ديناراً فى الذمة بعشرة دراهم فى الذمة ووصف الجميع أو كان فى موضع فيه نقد غالب ولم يكن العوضان حاضرين ثم أرسلا من أحضرهما أو ذهبا مجتمعين اليهما وتقابضا قبل التفرق صح البيع وسلما من الربا .

ولو وكلا أو أحدهما فى القبض وحصل القبض قبل مفارقة العاقدين جاز والا فلا ؛ ومتى تفرقا قبل القبض وحصل القبض بطل العقد ويأثمان بذلك قال ابن الصباغ والأصحاب : يكون هذا رباً جارياً مجرى بيع الربوى نسيئة ، ولا يكفيهما تفرقهما فى منع الاثم ، وان كان يبطل كما أن العقد مع التفاضل باطل ويأثمان به .

قال أصحابنا : فان تعذر عليهما التقابض فى المجلس وأرادا أن يتفرقا

---

(١) لعله كالذهب بالفضة والحنطة بالشعير الخ وانظر ابن الثالث (ط)

لزمهما أن يتفاسخا العقد قبل التفريق ؛ لئلا يأثما ، وان قبض كل واحد منهما نصف المعقود عليه وتفرقا قبل قبض الباقى بطل العقد فى الذى لم يقبض ، وفى بطلانه فى المقبوض الطريقان السابقان فيمن اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض (المذهب) أنه لا يبطل ، بل يصح والله سبحانه وتعالى أعلم ٠

قال المصنف والأصحاب : واذا تخايرا فى المجلس قبل التقابض فهو كالتفريق فيبطل العقد لما ذكره المصنف ، هذا هو المذهب ؛ وبه قطع الجمهور ، وقال ابن سريج : لا يبطل لظاهر الحديث فانه يسمى يداً بيد .

والى هنا انتهى كلام الشيخ مصنفه أبى زكريا يحيى بن شرف النووى ؛ فأدركته المنية رحمه الله ونفعنا به فى الدنيا والآخرة ، والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ٠٠

* * *

تم بحمد الله وتوفيقه الجزء التاسع من

كتاب المجموع

ويليه الجزء العاشر ان شاء الله تعالى

واوله مقدمتا صاحبى التكملتين

فهارس الجزء التاسـع

من المجمـوع شرح المهـذب

اولا : الآيات القرآنية

ثانياً : الأحاديث والآثار والأخبار

ثالثاً : الأشـعار الاسـتشهادية

رابعاً : الأعـلام

خامساً : الأحـكام

أولا ـ الآيات القرآنيـة

الآية ـ ورقمها	الصفحة
ويؤثرون على انفسهم ولو كان بهم خصاصة ـ آية ٩ الحشر	٤٨
لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ـ آية ٢٩ النساء	١٦٩ـ١٨٥ـ٢١٨ـ ٢٢١
لا تأكلوا الربا اضعافا مضاعفة ـ آية ١٣٠ : النساء	٤٨٨
لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ـ آية ٩٥ : المائدة ..	٢٤
ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ـ آية ١٩٥ : البقرة	٣٧
لا يقومون ـ آية ٢٧٥ : البقرة	٤٨٦
يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ـ آية ٢٩ : النساء ..	١٦٩ـ٢١٨ـ٤٩٢
يسألونك ماذا احل لهم قل احل لكم الطيبات ـ آية ٤ : المائدة	٢٧ـ٢٨

ثانياً ـ الأحاديث والأخبار والآثار

« حرف الألف »

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

((حرف البـاء))

« حرف الجيم »

« حرف الحاء »

« حرف الخاء »

« حرف الدال »

((حرف الذال))

((حرف الراء))

« حــرف الزاى »

« حرف السين »

الصفحة

« حرف الشين »

« حرف الصاد »

« حرف الضاد »

« حرف العين »

الصفحة

« حرف الغين »

الصفحة

« حرف الفاء »

الصفحة

الصفحة

((حرف القاف))

((حرف الكاف))

الصفحة

« حرف اللام »

الصفحة

الصفحة

الصفحة

((حـــرف الميم))

الصفحة

الصفحة

« حرف النون »

الصفحة

الصفحة

((حرف الهــاء))

« حرف الواو »

« حرف اليـاء »

الصفحة

ثالثاً ـ الأشـــعار الاســـتشهادية

- « اشـليت عـيرى ومسـحت فعـبى » ٤٠٢

أتينا أبا عمـرو فاشـلى كلابه علينـا فـكدنا بين بيتيـه نؤكل ١١٢

لمعفـر قهـد ينـازع شـلوه غبس كواسب ما يمـن طعـامها ٤٩٤

خنساء ضيعت الفـرير فلم يرم عرض الشـقائق طوفها وبغامها ٤٩٥

رابعاً ـ الأعـــــــلام

« حرف الألف »

« حرف البـــاء »

((حرف التـــاء))

((حرف الثـــاء))

((حرف الجيم))

((حرف الحـــاء))

« حرف الخاء »

« حرف الدال »

((حرف الذال))

« حرف الزاى »

« حرف السين »

((حرف الشين))

« حرف الصاد »

((حرف الضاد))

((حرف الطاء))

((حرف العين))

« حرف الغين »

« حرف الفـاء »

« حرف القاف »

((حرف الكاف))

((حرف اللام))

((حـــرف الميم))

((حرف النون))

((حرف الهاء))

((حرف الواو))

« حرف اليــاء »

خامساً ـ الأحكام

الصفحة	الأحكام

الصفحة | الأحكام

الصفحة | الاحكا

الصفحة	الأحكام

الخطأ	الصواب	السطر	الصفحة
خلال	حلال	٢٠	٣٩
فذهبنا	فمذهبنا	٢٠	٥٩
عيره	غيره	١٣	١٣٢
العاشرة	التاسعة	١٢	٣٦٨
الحادية عشرة	العاشرة	١٣	٣٦٨
الثانية عشرة	الحادية عشرة	١٤	٣٦٨
الثالثة عشرة	الثانية عشرة	١٤	٣٦٨
الرابعة عشرة	الثالثة عشرة	١٥	٣٦٨
الخامسة عشرة	الرابعة عشرة	١٦	٣٦٨
السادسة عشرة	الخامسة عشرة	١٦	٣٦٨
السابعة عشرة	السادسة عشرة	١٧	٣٦٨
الثامنة عشرة	السابعة عشرة	١٧	٣٦٨
صبربى	صبرتى	١	٣٨٣